المجلد الثالث من:

مختارات النوازل

تأليف

شيخ الإسلام برهان الدين علي بن أبي بكر
بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني
(٥٣٠هـ - ٥٩٣هـ)

مؤسسة إيفا للطبع والنشر - نيودلهي

١٤٣٤هـ ـــــــ ٢٠١٣م

١٦١-ايف، بيسمنت، ص. ب.: ٩٧٠٨
جامعة نغر، نيو دلهي-١١٠٠٢٥
هاتف: (٠٠٩١-١١-٢٦٩٨١٣٢٧)
الموقع: www.ifapublications.com
البريد الإلكتروني: ifapublication@gmail.com

مختارات النوازل


بسم الله الرحمن الرحيم

تقديم

القضايا المالية من أهم أبواب الفقه الإسلامي، والإسلام دين متميز بسمات التوسط والاعتدال، فلم يجعل الغناء والثراء عرقلة في التقرب إلى الله تعالى، بل شجع على اكتساب المال، وجعله وسيلة الرقي من كلتا الناحيتين الدينية والدنيوية، كثير من الأحكام الشريعة تتعلق بالأغنياء، فإن الزكاة تجب على الأغنياء دون الفقراء، وزكاة الفطر لها صلة مباشرة بالأثرياء، ومن الواجب الديني على الإنسان أن يؤدي حقوق أبويه وزوجته وأولاده، ولا يمكن ذلك إلا بالقدرة المالية، ومن أجل ذلك يقول الله تعالى: ﴿فإذا قضيت الصلاة فانتشروا في الأرض وابتغوا من فضل الله﴾ (الجمعة:١٠) فقد وجب "الابتغاء من فضل الله" كما وجبت "إقامة الصلاة".

والأحاديث النبوية زاخرة بالتوجيهات الدقيقة الموسعة عن الأنظمة الاقتصادية والمالية، والفقهاء الكرام قدموها في صورة مرتبة، واحتلت الأبواب المالية مكانة مرموقة في كل كتاب من كتب الفقه الإسلامي.

إن هناك طريقتين لاكتساب المال: إحداهما: التجارة التي يُباع ويُشترى فيها الأعيان، والثانية: الإجارة التي يُباع ويُشترى فيها المنافع، ومن صور التجارة الاتجار المباشر وهو البيع في مصطلح الفقه الإسلامي، وله أنواع وصور، ومنها الاتجار غير المباشر، وهو الذي يقوم

فيه شخص بالاستثمار، ويباشر التجارة شخص آخر كوكيله، ثم ما يحصل له من النفع، يقسمه بينه وبين شريكه.

ومن أحكام النظام المالي ما ينبني على الإحسان، فالواحد يملك الآخر شيئا بغير معاوضة، أو يوفر له فرصة الانتفاع به، أو يهيئ له خدمة الحفظ والصيانة بالقيام على شيء من ملك أخيه، فالهبة والوقف والعارية والوديعة من هذا النوع من المعاملات.

ومن صور اكتساب المال الصيد الذي ظل ذريعة هامة للحصول على الأغذية، والفقهاء يذكرون المباحث المتعلقة به تحت عنوان الصدد والذبائح، وتذكر معها مسائل الأضحية أيضاً، لأن الأضحية عبادة وذريعة لإيصال الغذاء إلى الفقراء.

فالمجلد الثالث من كتاب "مختارات النوازل" الذي بين أيدكم يشتمل أساساً على هذه الأبواب، ولكن فاتحة الكتاب هي كتاب الكراهية الذي هو من أهم أبواب الفقه الحنفي من ناحية منهج التأليف، جمعت فيه أحكام مختارة من مختلف مناحي الحياة، ويسهل الأمر على من يراجعه، وذكره بعض المؤلفين باسم "كتاب الحظر والإباحة" و"كتاب الاستحسان" وإضافة إلى ذلك يتضمن هذا المجلد أحكام الغصب والشفعة، التي تمتّ بصلة قريبة أو بعيدة إلى الماليات.

إن كتاب "مختارات النوازل" من المؤلفات المهمة في الفقه الحنفي، وردت الإحالات إليه في كتب المتقدمين والمتأخرين بصفه عامة ويسرّني أن مجمع الفقه الإسلامي يقدم هذه الهدية العلمية إلى القراء الكرام.

عند ما بدأت عملية تحقيق هذا الكتاب كانت لدى المجمع نسختان منه، اللتان سميتا بـــ "ع" و "ن"، وقام بتحقيق هذا المجلد والتعليق عليـــه على مشورة مني أخونا العزيز الأستاذ مصطفى عبد القدوس الندوي الذي صدرت من قلمه كتب عدة في اللغتين العربيـــة، والأرديـــة، كمـــا قـــام بالمقارنة بين هاتين النسختين الخطيتين، وتخـــريج الأحاديـــث والتعليـــق حسبما دعت إليه الحاجة، ثم عثر مؤسس المجمع على نسخة هذا الكتاب في المدينة المنورة وهي أصح نسخه الثلاث، سمت بـــ "م" ، فقام المفتـــي محمد سراج الدين القاسمي الباحث في القسم العلمي للمجمع بمقارنته مـــع النسخة المدنية، وتخريج الأحاديث التي لم يتم العمل عليهـــا مـــن قبـــل، وكانت بعض عبارات الكتاب غامضة، فاستفاد من "نوازل أبي الليـــث"، و"الهداية" في حلّها، وهذا المجلد أيضا كسابقية فوّض إلى فضيلة الـــشيخ عبيد الله الأسعدي سكرتير شؤون الندوات للمجمع للمراجعة النهائية، فأفادنا بآراء علمية سامية، استفاد منها الأخ محمد سراج الـــدين القاســـمي فـــي مراجعة الكتاب حسبما دعت إليه الحاجة، وأجاد في تصحيح البروفـــات، وهكذا أصبح هذا الكتاب جديراً بأن يقدم إلى أهل العلـــم، نرجـــو الله أن يتقبل هذا الجهد ويجعله لدى الناس مثل جهود المجمع العلمية الأخـــرى. والله هو المستعان.

خالد سيف الله الرحماني

ا مين العام لمجمع الفقه الإسلامي بالهند

٣٠/صفر ١٤٣٤هـــ

١٣/يناير ٢٠١٣م

المجلد الثالث من مختارات النوازل

كتاب الكراهية

١- تكلم العلماء في المكروه[1] :عن محمد رحمه الله أن كل مكروه حرام، وهو من عادته إذا لم يجد نصاً قاطعاً أطلق لفظ الكراهة، وفي الحل إذا لم يجد نصا قاطعاً قال: لا بأس به، أو قال: لا يضر فيه، وعندهما المكروه أقرب إلى الحرام، وليس بحرام، وهو بمنزلة الشبهة[2].

---

[1] – اختلف أصحاب الشرع في معنى المكروه فروي عن محمد أنه نص على أن كل مكروه حرام إلا أنه لما لم يجد فيه نصاً قاطعاً لم يطلق عليه لفظ الحـــرام فكان نسبة المكروه إلى الحرام عنده كنسبة الواجب إلى الفرض في أن الأول ثابت بدليل قطعي، والثاني ثابت بدليل ظني، وروي عن أبي حنيفـــة وأبـــي يوسف أنه إلى الحرام أقرب، ثم إن هذا حد المكروه كراهة تحـــريم، وأمـــا كراهة المكروه كراهة تنزيه فإلى الحل أقرب (تكملة فتح القدير ٤/١٠، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان)، وقال ابن عابدين: والفاصل بين الكراهتين كما في القهستاني والمنح عن الجواهر: إن كان الأصل فيه الحرمة، فـــإن سقطت الحرمة لعموم البلوى فتنزيه كسؤر الحـــرة، وإلا فتحـــريم كلحـــم الحمار، وإن كان حكم الأصل الإباحة وعرض ما أخرجه عنها فإن غلـــب على الظن وجود المحرم فتحريم كسؤر البقرة الجلالة وإلا فتنزيه كـــسؤر سباع الطير (ر: رد المحتار مع الدر المختـــار ٤١٧/٩، كتـــاب الحظـــر والإباحة، دار الكتب العلمية).

[2] – وقال ابن عابدين: الشبهة مرادفة للمكروه عندهما (الحوالة السابقة).

ويسمى هذا الكتاب كتاب الاستحسان[1] أيضاً، وهو طلب الحسن والسهولة والرفق للناس، من الأمور التي يبتلي بها[2]، وقيل: هو الأخذ بالسعة[3] ابتغاءً للرغبة، وهو أحد[4] القياسين[5]، إلا إذا كان الدليل ظاهرا جلياً وأثره ضعيفاً يسمى قياساً، وإن كان باطنا خفيّاً وأثره قويا يسمى استحساناً[6]، والترجيح بالأثر لا بالخفاء والظهور كالدنيا مع العقبى، وقد يقوى أثر الاستحسان فيرجح به، والله أعلم.

---

[1] – الاستحسان لغة: عد الشيء حسنا. يقول الرجل: استحسنت كذا أي اعتقدته حسنا على ضد الاستقباح، واصطلاحاً: هو العدول عن أن يحكم في المسألة بمثل ما حكم به في نظائرها إلى خلافه لوجه أقوى يقتضي هذا العدول (ر: المبسوط ١٤٥/١، وأصول السرخسي ١٩٩/٢– ٢٠٨، ط: دار المعرفة).

[2] – وفي النسخ الثلاث: "به" والصواب ما كتبناه.

[3] – في (م): " بالسعة" ساقط.

[4] – وفي (م) "أخذ" بدل "أحد".

[5] – في (ن،ع): "القياس".

[6] – في (ن): "استحسان" بالرفع.

فصل في النظر واللمس

٢- وينظر الرجل من الرجل إلى جميع بدنه إلا ما بين سرته إلى ركبته، ويروى مادون سرته حتى يجاوز ركبته، وبهذا ثبت أن السرة ليست بعورة، خلافاً لما قاله الشافعي[١] رحمه الله.

٣- والركبة عورة خلافاً لما قاله[٢] أيضاً.

٤- والفخذ عورة[٣] خلافاً لأصحاب الظواهر[٤].

---

١ - والصحيح أن السرة ليست بعورة عند الإمام الشافعي أيضاً (ر: المجموع شرح المهذب للنووي ٣/ ١٦٧، وكتاب الأم:١/ ٨٩، وشرح صحيح مسلم للنووي ١/١٥٧). وقال الرافعي: ذلك على ظاهر المذهب (فتح العزيز مع المجموع ٤/٨٤). لكن يجب ستر الجزء الملاصق منها (فتح العلام ٢/١٧٤)، وكذلك ليست بعورة عند الحنابلة أيضاً، وعليه نص الإمام أحمد في عدة مواضع (المغني ١/٣٣٧).

٢ - أي الإمام الشافعي، وكلمة "خلافاً" سقطت من النسخ الثلاث، وقد زدناه من الهداية لتصحيح العبارة (ر: الهداية ٤/٤٦٠).

٣ - وهو قول الأئمة الأربعة وأكثر الفقهاء (ر:بداية المجتهد ١/٨٣، والمغني ١/٣٣٧).

٤ - وبه قال أبو سعيد الاصطخري من أصحاب الشافعية، حكاه الرافعي عنه، وأحمد في رواية، ومحمد بن عبد الرحمن بن أبي ذئب، واسماعيل بن علية، و محمد بن جرير الطبري، وداود الظاهري، وولي الله الدهلوي من الحنفية (شرح المهذب ٣/١٦٨، وعمدة القاري ٢/١٨، والمغني ١/٣٣٧، ورسالة شرح تراجم البخاري ص: ٢٠).

٥- وما دون السرة إلى منبت الشعر عورة، خلافاً لبعض الناس[١]، وقد روى أبوهريرة[٢] رضي الله عنه عن النبي -ﷺ- أنه قال: "الركبة عورة"[٣]، وقال لجرهد[٤] رضي الله عنه:" غط ركبتك فإنها عورة"[٥]، وقبل

---

[١] - ونسب هذا القول إلى أبي بكر محمد بن الفضل الكماري معتمداً فيه على العادة، لكن لا عبرة بها مع النص إذا كانت تخالفه (ر: الهداية مع تكملة فتح القدير ٣٢/١٠، دار الكتب العلمية).

[٢] - هو عبد الرحمن بن صخر الدوسي اليماني الملقب بأبي هريرة رضي الله عنه، المولود (٢١ق هـ/٦٠٢م)، والمتوفى بالمدينة (٥٩هـ/٦٧٩م)، صحابي جليل، أسلم سنة ٧هـ، ولزم صحبة النبي -ﷺ-، فروى عنه ٥٣٧٤ حديثا، نقلها عنه أكثر من ٨٠٠ رجل بين صحابي وتابعي، وكان يفتي بالمدينة، جمع السبكي جزءاً وسمى" فتاوى أبي هريرة رضى الله عنه" (ر: تذكرة الحفاظ ٣٢/١-٣٧، وصفة الصفوة ١/ ٦٨٥، الإصابة، والاستيعاب ٢٠٢/٤-٢١٠).

[٣] - روى الدار قطني عن علي رضي الله عنه مرفوعاً:" الركبة من العورة" (١/ ٢٣١)، وقال الزيلعي: قلت: غريب من حديث أبي هريرة رضي الله عنه (نصب الراية ٥٤٣/٤، دار الكتب العلمية)، ولم نجد "الركبة عورة" بإسقاط حرف "من" مع المعرف باللام مرويا عن راو.

[٤] - هو جرهد بن خويلد بن بجرة الأسلمي، أبو عبد الرحمن، صحابي، كان من أهل الصفة ومات بالمدينة في آخر خلافة يزيد (الإصابة ٢٣١/١).

[٥] - لم أجد في رواية جرهد لفظ "ركبتك" روى الترمذي عن أبي الزناد قال: أخبرني ابن جرهد عن أبيه أن النبي -ﷺ- مر به وهو كاشف عن فخذ، فقال له النبي -ﷺ-: "غط فخذك، فإنها من العورة" هذا حديث حسن (كتاب الآداب، باب أن الفخذ عورة ١٠٧/٢).

أبوهريرة رضي الله عنه سرة الحسن[1]. وحكم العورة في الركبة أخف منه في الفخذ، وفي الفخذ أخف منه في السوأة[2]، حتى أن كاشف الركبة ينكر عليه برفق، وكاشف الفخذ ينكر عليه بعنف، وكاشف السوأة يؤدب إذا لج[3].

٦- وما يباح النظر إليه منه يباح المس.

٧- والغلام إذا كان صبيحاً جميلاً، لا يحل[4] النظر إليه.

---

[1] - رواه أحمد في مسنده وابن حبان في صحيحه عن عمير بن إسحاق قال: كنت أمشي مع الحسن بن علي في بعض طرق المدينة، فلقينا أبو هريرة فقال للحسن: اكشف لي عن بطنك - جعلت فداك - حتى أقبل حيث رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبله، قال: فكشف عن بطنه، فقبل سرته، انظر: السنن الكبرى، باب من زعم أن الفخذ ليست بعورة وماقيل في السرة والركبة (٢/ ٢٣٢).

أما الحسن: فهو الحسن بن علي بن أبي طالب الهاشمي القرشي، أبو محمد، خامس الخلفاء الراشدين، ولد بالمدينة (٣هـ/٦٢٤م)، وتوفي (٥٠هـ/٦٧٠م)، وأمه فاطمة بنت رسول الله -ﷺ-، استخلف بعد مقتل أبيه سنة ٤٠هـ، ثم سلم الأمر لمعاوية سنة ٤٠هـ (ر: صفة الصفوة ٧٤٨/١-٧٦٢، والإصابة ١/ ٣٢٨- ٣٣١، والأعلام للزركلي ١٩٩/٢-٢٠٠).

[2] - وفي (م): "السرة" محل "السوأة".

[3] - وفي (ن،ع): "لح" بالحاء، و جاء في الهداية:" لج" بالجيم المعجمة (٤٦٠/٤)، يقال: لج في الأمر: تمادى عليه وأبى أن ينصرف عنه (لسان العرب ٣٥٣/٢)، وفي التنزيل العزيز: ولو رحمناهم وكشفنا ما بهم من ضر للجوا في طغيانهم يعمهون (المؤمنون: ٧٥).

[4] - وفي (ن،ع): "لا يحل له".

٨- ونظر المرأة إلى المرأة[1] كنظر الرجل إلى الرجل للمجانسة وعدم الشهوة غالباً، وفي رواية: نظر المرأة إلى المرأة كنظر الرجل إلى محارمه[2]، وهو الأصح[3].

٩- نظر الرجل إلى إمرأته وإلى مملوكته حلال من القرن إلى القدم بالشهوة[4] وبغيرها، لقول عائشة رضي الله عنها:" كنت أغتسل ورسول الله -ﷺ- في إناءٍ واحدٍ"[5].

---

[1] - "إلى المرأة" ساقط من (ن).

[2] - يعني لا تنظر إلى ظهرها وبطنها.

[3] - هذا التصحيح يخالف تصحيح كتاب الهداية، وفيه رجح المؤلف قول " نظر المرأة إلى المرأة كنظر الرجل إلى الرجل"، وهو الأصح (الهداية مع تكملة فتح القدير ١٠/٣٦، ٣٧، دار الكتب العلمية).

[4] - وفي (ن،ع): "بالشبهة".

[5] - لم أجده بهذا اللفظ، وروى البخاري عن عائشة وأم سلمة، ومسلم عنهما وعن ميمونة، والنسائي عن عائشة وميمونة، وأبوداود والترمذي عن عائشة، وابن ماجه وأحمد عن الثلاث كلهن: "كنت أغتسل أنا ورسول الله -ﷺ- من إناءٍ واحد من الجنابة" واللفظ للترمذي، وقال: هذا حديث حسن صحيح، الطهارة؛ باب في وضوء الرجل والمرأة من إناء واحد، البخاري: الغسل؛ باب غسل الرجل مع امرأته، وباب هل يدخل الجنب يده في الإناء، وباب من تطيب ثم اغتسل وبقي أثر الطيب، الحيض؛ باب مباشرة الحائض، وباب النوم مع الحائض وهي في ثيابها، اللباس؛ باب ما وطئ من التصاوير، مسلم: الحيض؛ باب القدر المستحب من الماء في غسل الجنابة، النسائي: الطهارة؛ باب ذكر اغتسال الرجل والمرأة، وباب فضل الجنب، الغسل؛ باب اغتسال

١٠- ويجوز للرجل أن ينظر إلى فرج إمرأته، والأولى أن لا ينظر إليه، لأنه يورث النسيان، وكذا المرأة إلى فرج زوجها، وقيل: الأولى أن ينظر إليه، ليكون أبلغ في تحصيل الشهوة.

١١- وينظر الرجل من ذوات المحارم إلى الوجه والرأس والصدر والساقين والعضدين، ولا ينظر إلى ظهرها وبطنها، لقوله تعالى: ﴿ولا يبدين زينتهن إلا لبعولتهن﴾[١]، والمراد مواضع الزينة - والله أعلم - وهي ما ذكر [في الكتاب][٢]. ويدخل الساعد والأذن والعين[٣] والقدم فيه، ولأن البعض يدخل على البعض من غير استيذان والمرأة في ثياب مهنتها عادة، فلو أوجبنا التستر، يؤدي إلى الحرج.

١٢- وما يباح النظر إليه يباح المس[٤]، بخلاف وجه الأجنبية

الرجل والمرأة من نسائه، أبوداود: الطهارة؛ باب مقدار الماء الذي يجزئ به الغسل، ابن ماجه: باب الرجل والمرأة يغتسلان من إناءٍ واحد، مسند أحمد ٦/٣٠، ١٧٤، ١٩١، ١٩٣، ١٩٩، ٢١٠، ٢٣٠، ٢٣١، ٢٦٥، ٣٠٠، ٣٢٩، وأورد الهيتمي حديثاً عن أبي هريرة في مجمع الزوائد: "أن النبي -ﷺ- كان هو وأهله- أو قال بعض أهله - يغتسلون من إناءٍ واحدٍ" رواه البزار ورجاله ثقات (مجمع الزوائد: باب اغتسال الرجل والنساء من إناء واحد ١/ ٢٨٣).

[١] - النور: ٣١.

[٢] - ما بين القوسين ساقط من النسخ الثلاث وزدناه من الهداية.

[٣] - كذا في النسخ الثلاث، وقد ذكر في الهداية تحت قوله تعالى: ﴿ولا يبدين زينتهن﴾ يدخل فيه "العنق" (ر: الهداية:٤/ ٤٦١) هكذا في الهندية (ر:٥/٣٢٨) ولا حاجة لذكر العين على حدة، فإنها داخلة في الوجه.

[٤] - وفي الهداية: وما يباح النظر إليه للرجل من الرجل يباح المس (الهداية مع

وكفها، حيث يباح النظر إليه ولا يباح المس، وكذا للقاضي والشاهد. وإن احتاج إلى الإركاب والإنزال[1] فلا بأس بأن يمس من وراء ثيابها، ويأخذ ظهرها وبطنها دون ما تحتهما.

١٣- وينظر الرجل من مملوكة غيره إلى ما يجوز النظر إلى محارمه، ويدخل فيه المدبرة والمكاتبة وأم الولد، والمستسعات كالمكاتبة عند أبي حنيفة رحمه الله.

١٤- ولا بأس بأن يمس ذلك إذا أراد أن يشتري وإن خاف أن يشتهي، وقيل: إن اشتهى[2] يباح النظر ولا يباح المس، لأنه نوع الاستمتاع، وفي غير[3] حالة الشراء يباح النظر والمس عند عدم الشهوة.

١٥- ونظر الرجل إلى الأجنبية لا يجوز إلا وجهها وكفيها، لقوله تعالى: ﴿ولا يبدين زينتهن إلا ما ظهر منها﴾[4]. قال ابن عباس رضي الله

تكملة فتح القدير ٣٤/١٠، دار الكتب العلمية).

[1] - أي إركاب ذوات المحمارم، والأصل في ذلك أن لا يجوز مس ما يجوز أن ينظر إليه، لأن المس فوق النظر، فيجوز المس مع الاتقاء عن الشهوة ما أمكن (العناية مع تكملة فتح القدير ٤٢/١٠، دار الكتب العلمية).

[2] - أو كان أكبر رأيه أن يشتهي يباح النظر ولا يباح المس (ر: الهداية مع تكملة فتح القدير ٤٤/١٠، دار الكتب العلمية).

[3] - في النسخ الثلاث "غيره حالة الشراء" بالهاء، وفي الهداية: "غير حالة الشراء" بدون الهاء (ر: ٤٦٣/٤)، وهكذا نقل في الهندية (٣٢٩/٥) وهو الصحيح.

[4] - النور: ٣١.

عنهما: الكحل والخاتم[1] أي موضعهما وهو الوجه والكف[2]، ولأن في إبداء[3] الوجه والكف ضرورة لحاجتها إلى المعاملة مع الرجال أخذاً وإعطاءاً[4] وغير ذلك، وبهذا يستدل أن النظر إلى قدمها أيضاً مباح فيما روي عن أبي حنيفة رضي الله عنه[5]، لأن فيه ضرورة أيضاً عند عدم الخوف[6]، وعن أبي يوسف رحمه الله يباح النظر إلى ذراعيها أيضاً[7]، لأنه قد يبدو منها عادة، وإن كان لا يأمن من الشهوة [لم ينظر إليها من غير حاجة[8]،

---

[1] – السنن الكبرى: باب عورة المرأة الحرة٢/ ٢٢٥.

[2] – تفسير "ما ظهر منها" بالوجه والكفين مشهور عند الجمهور (تفسير ابن كثير ٣/ ٢٩٤، ط: دار المعرفة بيروت).

[3] – كذا في الهداية (٤/٤٥٨) وفي النسخ الثلاث: "ابتدأ".

[4] – كذا في الهداية (٤/٤٥٨) وفي (ن،ع): "عطاء".

[5] – رواه الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله، وفي رواية أخرى:" لا يجوز" (الهندية ٣٢٩/٢)، والرواية الأولى صحيحة، رجحها الكرخي(ر: فتح القدير٤٥٩/٢) وصححها المؤلف في الهداية (ر:٩٣/١) وفي المحيط: أن الأصح أنهما ليستا بعورة (ر: الكبيري: ١٨٥، دار الكتاب، ديوبند الهند) وهو قول الثوري والمزني (ر: المجموع ٦٦٩/٣).

[6] – وفي النسخ الثلاث: "الخف" والصواب ما كتبناه.

[7] – وهو غير ظاهر الرواية عنه (شرح المنية ص: ١٢)، وفي المعراج نقلاً عن المبسوط: وفي الذراع روايتان: والأصح أنه عورة (رد المحتار ٤٠٦/١، كراتشي، باكستان).

[8] – قال الحصكفي: فإن خاف الشهوة أو شك امتنع نظره إلى وجهها فحل النظر مقيد بعدم الشهوة وإلا فحرام، وهذا في زمانهم، وأما في زماننا فمنع من

ولا يمس وجهها وكفيها وإن كان يأمن الشهوة][1] لعدم الضرورة فيه، هذا إذا كانت شابة، لأن حكم المس أغلظ من النظر، ولهذا يثبت به حرمة المصاهرة. وإن كانت عجوزاً لا تشتهى فلا بأس بمصافحتها ومس يدها لانعدام خوف الفتنة[2]. الصغيرة التي لا تشتهى بمنزلة العجوز.

١٦- ويجوز للقاضي إذا أراد أن يحكم عليها، وللشاهد إذا أراد أن يشهد عليها، أن ينظر إلى وجهها وإن خاف أن يشتهي، للحاجة، أما النظر لتحمل الشهادة إذا خاف أن يشتهي لا يباح النظر إليها، وهو الأصح[3]، لعدم الضرورة بخلاف حالة الأداء.

١٧- وإن أراد أن يتزوج امرأة، فلا بأس بأن ينظر إليها، لورود الحديث فيه[4].

١٨- ويجوز للطبيب أن ينظر إلى موضع المرض منها للضرورة،

الشابة (الدر المختار ٥٣٢/٩ كتاب الحظر والإباحة).

[1] - ما بين القوسين ساقط من النسخ الثلاث وزدناه من فتاوى النوازل ص: ٧٧٥ تصحيحاً للعبارة.

[2] - قال ابن عابدين: وفي رواية: يشترط أن يكون الرجل أيضاً غير مشتهى (انظر للتفصيل رد المحتار ٥٢٩/٩، كتاب الحظر والإباحة، فصل في النظر والمس).

[3] - (ر: الهداية ٤٥٩/٤، المبسوط ١٥٥/١، الهندية ٣٣٠/٥).

[4] - روي عن المغيرة بن شعبة أنه خطب امرأة، فقال النبي -ﷺ-: "أنظر إليها فإنه أحرى أن يودم بينكما"، هذا حديث حسن (الترمذي: النكاح، باب في النظر إلى المخطوبة).

وتستر[1] ما سواه، ويغض بصره ما استطاع[2]، كنظر القابلة والختان، وإن علمت إمرأة مداواتها تداويها، لأن نظر الجنس إلى الجنس[3] أخف، وإن لم تعلم ينبغي أن يعلم الطبيب مداواتها.

١٩- والنظر إلى العورة حرام إلا عند الضرورة، فمن ذلك الختان ونظر القابلة.

٢٠- ونظر العبد إلى سيدته كنظر[4] عبد الآخر إليها، والملك لا يقلل الشهوة، بل يرفع[5] الحشمة، ولأنه لا قرابة بينهما، ولا محرمية.

٢١- ولا فرق بين نظر[6] الخصي والمجبوب والمخنث في الأفعال الرديئة والفحل[7]، وعند مالك رحمه الله الخصي كالمحرم[8]، وهو أحد

---

[1] - في (ن،ع): "يستر".

[2] - لأن ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها (ر: الهداية مع تكملة فتح القدير ٣١/١٠، دار الكتب العلمية).

[3] - في (ن): "إلى الجنس" ساقط.

[4] - "كنظر" ساقط من (ن).

[5] - في (ن،ع): "تدفع".

[6] - في (ن،ع): "نظر" ساقط.

[7] - لو كانت العبارة هكذا: والخصي والمجبوب والمخنث في النظر إلى الأجنبية كالفحل لكانت أوضح، كما في الدر المختار (الدر المختار مع رد المحتار ٥٣٦/٩، دار الكتب العلمية).

[8] - لا مطلقاً بل إذا كان مملوكا لها أو لغيرها، وأما الحر فلا تلقي المرأة خمارها بين يديه (ر: الجامع لأحكام القرآن:٦/ ٢٣٣/١٢، ٢٣٤).

قولي الشافعي رحمه الله[1].

٢٢- ويكره أن يقبل الرجل فم الرجل أو يده، إلا إذا كان عالما أو سلطاناً جاز تقبيل يده، وأما تقبيل يد غيرهم[2] إن كان يريد[3] تعظيم المسلم أو إكرامه لا بأس به، والمختار أنه لا رخصة فيه[4].

وقال أبو يوسف رحمه الله: لا بأس بالتقبيل والمعانقة إذا كان عليه ثوب[5]، وهو الصحيح.

٢٣- ولا بأس بالمصافحة، وهو التوارث.

---

[1]- انظر فتح العلام ١٨٢/٢، وهو قول الحنابلة (المغني ٧٧/٧).

[2] - في (م): "غيرها".

[3] - في (ن،ع): "من" محل "يريد".

[4] - وفي الهندية (٣٦٩/٥، دار الفكر): فإن قبل يد نفسه لغيره فهو مكروه، وإن قبل يد غيره إن قبل يد عالم أو سلطان عادل لعلمه وعدله لا بأس به، وإن قبل يد غير العالم وغير السلطان العادل إن أراد به تعظيم المسلم وإكرامه فلا بأس به، وإن أراد به عبادة له أو لينال منه شيئاً من عرض الدنيا فمكروه... وقال بعد أسطر: تقبيل يد العالم والسلطان العادل جائز ولا رخصة في تقبيل يد غيرهما هو المختار.

[5] - في (م): "ثوابا"، وفي الدر المختار: وكره تقبيل الرجل ومعانقته في إزار واحد، وقال أبويوسف: لا بأس بالتقبيل والمعانقة في إزار واحد، وقال ابن عابدين: الخلاف في المعانقة في إزار واحد أما إذا كان عليه قميص أو جبة لا بأس به بالإجماع وهو الصحيح (رد المحتار مع الدر المختار ٥٤٦/٩، دار الكتب العلمية).

فصل في الوطء

٢٤- وطء الحائض حرام، يكفر مستحله، لأن حرمته ثبتت بالنص[١]، ويفسق المباشر إذا لم يستحله، لكن لا يلزمه شيء إلا التوبة والاستغفار، وقيل: يتصدق لأجله[٢] بدينار أو نصف دينار[٣].

٢٥- والجماع في دبر إمرأته أو أمته حرام حالة الطهر والحيض.

٢٦- ويجتنب عن الاستمتاع ما تحت الإزار حالة الحيض عند أبي حنيفة رحمه الله، خلافاً لمحمد رحمه الله، وله أن يستمتع ما فوق الإزار بظاهر قوله تعالى: ﴿فاعتزلوا النساء في المحيض﴾[٤]، أي الفرج، وما قرب منه فهو في حكمه، فيجتنب منه.

٢٧- ولا يعتزل[٥] عن فراشها، لأنه تشبه باليهود، وقد صح أن النبي -ﷺ- يضاجع بعض نسائه، وهن حيض[٦]. وكذا الأمة البالغة إذا

---

[١] - هو قوله تعالى: ﴿فاعتزلوا النساء في المحيض، ولا تقربوهن حتى يطهرن﴾ (البقرة:٢٢٢).

[٢] - في (ن،ع): "لأهله".

[٣] - وهو قول الإمام أحمد بن حنبل (الشرح الكبير ٣١٧/١).

[٤] - البقرة: ٢٢٢.

[٥] - في (ن،ع): "ولا يعزل".

[٦] - روي عن أبي سلمة أن زينب بنت أم سلمة حدثته أن أم سلمة حدثتها قالت:" بينا أنا مع النبي -ﷺ- مضطجعة في خميصة إذ حضت فانسللت، فأخذت ثياب حيضتي، قال: أنفست؟ قلت: نعم، فدعاني فاضطجعت معه في الخميلة"

حاضت لا يتعرض مولاها ما تحت الإزار.

٢٨- وتفسير الإزار قيل: هو الإزار المعروف، أى لا يستمتع بها ما تحت السرة، وقيل: المراد من الإزار الاستثفار[١]، يعني إذا استثفرت يحل له الاستمتاع بما فوقه، وعلى هذا يجتنب عن الفرج لا غير.

٢٩- ولو انقطع حيضها ما دون العشرة لم يحل له وطؤها حتى تغتسل، ولو انقطع ما دون عادتها[٢]، فإذا مضت عادتها قيل: تعيد[٣] الغسل[٤].

٣٠- ولا يحل لرجل أن يأتي من دبر امرأته، إلا عند أصحاب الظواهر[٥]، وهو خلاف إجماع الصحابة رضي الله عنهم.

رواه البخاري: الحيض، باب من سمى النفاس حيضاً، ومسلم: باب الاضطجاع مع الحائض، وعبد الرزاق في مصنفه: باب مباشرة الحائض: واللفظ للبخاري.

[١] - في (ن،ع): "الإستشعار".

[٢] - وفي الهندية (٣٩/١، دار الفكر): إذا مضى أكثر مدة الحيض وهو العشرة يحل وطؤها قبل الغسل مبتدأة كانت أو معتادة ويستحب له أن لا يطأها حتى تغتسل، وإذا انقطع دم الحيض لأقل من عشرة أيام لم يجز وطؤها حتى تغتسل أو يمضي عليها آخر وقت الصلاة الذي يسع الاغتسال والتحريمة... لو انقطع دمها دون عادتها يكره قربانها وإن اغتسلت حتى تمضي عادتها، وعليها أن تصلي وتصوم للاحتياط.

[٣] - وفي النسخ الثلاث: "تعاد".

[٤] - لم أجد قائله.

[٥] - ما وجدت هذا القول في كتب أصحاب الظواهر بل وجدت خلافه، فقال

٣١- ويستحب للحائض[١] إذا دخل وقت الصلاة أن تغتسل و تسبح وتهلل[٢] كيلا يزول عنها عادة العبادة.

٣٢- والمحبوس في موضع نجس في تشبهه بالمصلي اختلاف[٣].

أبومحمد ابن حزم الأندلسي: ولا يحل الوطء في الدبر أصلاً لا في امرأة ولا في غيرها (المحلى بالآثار ٢٢/٩، أحكام الوطء وآدابه).

[١] - "للحائض" ساقط عن (ع).

[٢] - في (ن،ع): "تسبيح وتهليل".

[٣] - وفي النسخ الثلاث: "تشبه المصلي" والصواب ما كتبناه. وإنه لا يصلي عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما: يصلي تشبها بالمصلين وجوبا، فيركع ويسجد إن وجد مكاناً يابساً، وإلا يؤمي كيفما كان، ولا يقرأ، ثم يعيد، ونقل قاضيخان قول محمد رحمه الله مع الإمام، والحلبي والحصكفي مع أبي يوسف رحمه الله، وبقول الصاحبين يفتى، وإليه صح رجوع الإمام أبي حنيفة رحمه الله (ر: الكبيري: ص:٨، ١٩٥، الدر المختار ورد المحتار ٢٥٢/١، الخانية بهامش الهندية ٥٩/١).

فصل في الاستبراء

٣٣- وإذا استحدث ملك الرقبة المؤكدة باليد بأي وجه حصل له التملك مثل الشراء والهبة والوصية والميراث وغير ذلك، يجب على المتملك الاستبراء، لأنه هو الذي يريد الوطء، وهذه العلة فيه سواء كان المملك[١] من أهل الوطء أو لم يكن، وسواء ممن يحل له وطئها أو لم يكن، وسواء كانت الجارية بكراً أو ثيباً، صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط واشتباه النسب، للحديث الذي ورد في سبايا أوطاس[٢]، والأحكام تدور على الأسباب، لأنها هي الظاهرة.

٣٤- وعلى المملك[٣] الاستبراء مستحب عندنا بأي وجه يملكها، بالبيع أو بالصدقة أو بالهبة، وكذا إذا أراد أن يزوجها سواء كانت أمة أو مدبرة أو أم الولد[٤]، ولا استبراء على أزواجهن بكل حال، وقال محمد

---

١ - في (ن،ع):" الملك".

٢ - رواه أبوداود عن أبي سعيد الخدري مرفوعاً، بلفظ: "لا توطأ حامل حتى تضع، ولا غير ذات حمل حتى تحيض حيضة" (النكاح: باب في وطي السبايا، صححه الحاكم في المستدرك (٢/٢١٢)، وأعله ابن القطان في "كتابه" بشريك وقال: إنه مدلس، وهو ممن ساء حفظه بالقضاء، وله طرق أخرى مرسلة (نصب الراية: الكراهية، فصل في الاستبراء ٤/٢٥٢).

٣ - المملك بكسر اللام.

٤ - هذا خلاف الصحيح، جاء في الغياثية: قالوا: والصحيح أنه هنا يجب، وإليه مال شمس الأئمة السرخسي، والفرق أن ثمة يجب على المشتري الاستبراء

رحمه الله: أحب إلي أن يستبريها بحيضة[1].

وعلى هذا رأى امرأته تزني، أو رأى إمرأة تزنى فتزوجها، أو رأى أمته تزنى[2] وتزوجها الزاني، فلا استبراء عليه عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله[3].

وعند مالك رحمه الله على المملك واجب.

٣٥- والاستبراء: هو طلب براءة الرحم عن الشغل، وهو أن يترك المشتري[4] الوطء، حتى تحيض حيضة، ثم تطهر في يده بعد قبضه، بخلاف المنكوحة حيث لا يحرم الوطء ولا دواعيه؛ لأن فراغ الرحم إما حاصل باعتبار اعتقادها [أصلاً، أو باعتدادها[5]] من الغير، لأن

فيحصل المقصود، وهو التعرف، أما في النكاح فهو لا يجب، فمست الحاجة إلى إيجابه على البائع (الغياثية ص: ١٥٢).

[1] - لأنه احتمل الشغل بماء الغير، فوجب التنزه كما في الشراء، ولهما أن الحكم بجواز النكاح أمارة الفراغ، فلا يؤمر بالاستبراء، بخلاف الشراء، لأنه يجوز مع الشغل، (تكملة فتح القدير ٥٤٢/١٠، دار الكتب العلمية، بيروت).

[2] - في (ن،ع): "تزني" ساقط.

[3] - قبل البيع بشرط أنه وطئها (حاشية الدسوقي على الشرح الكبيـــر ٤٩٠/٢، ط دار الفكر) كذا عند الحنيفة يجب الاستبراء على البائع على الصحيح، وإليـــه مال شمس الأئمة السرخـــسي (الغياثيـــة ص:١٥٢، البـــاب الخـــامس فـــي الاستبراء).

[4] - في (م): "المستبري".

[5] - وفي (ن،ع): "باعتبارها" وساقط من (م). ولعل الصواب ما كتبناه من فتاوى النوازل.

العدة إنما شرعت لتعرف براءة الرحم.

٣٦- ودواعي الوطء هنا بمنزلة الوطء، فتحرم؛ لأنها تفضي إليه، لأن الرغبة في غير المدخول بها أصدق الرغبات، ولا تقل[١] بالحيض حتى يحصل مقصوده، كما قلنا[٢] في وقت الطلاق السني في غير المدخول بها [بخلاف ما إذا حاضت امرأته المدخول بها][٣] حيث لا تحرم الدواعي؛ لأنه زمان نفرة، فلا تفضي إلى الوطء.

وعن أبي يوسف رحمه الله في البكر لا يجب الاستبراء[٤].

وفي المسبية لم يذكر الدواعي، قال محمد رحمه الله: لا تحرم، لكونه لو ظهر الحبل لا تصح دعوة الحربي، فيقع في ملكه، بخلاف المشتراة، حيث تصح دعوة البائع إذا ظهر الحبل، فيقع في غير ملكه.

٣٧- وإذا حاضت الأمة في يد البائع قبل قبض المشتري لا ينوب عن الاستبراء في ظاهر الرواية، خلافا لأبي يوسف[٥]، وكذا لو ولدت في

---

[١] - في (م): "ولا تقلل".

[٢] - في (م): "قلنا" ساقط.

[٣] - ما بين القوسين ساقط من (م).

[٤] - قال ابن عابدين: وعن أبي يوسف إذا تيقن بفراغ رحمها من ماء البائع لم يستبرئ ... وكرهه محمد مطلقاً، لأنه فرار من الأحكام الشرعية، وليس هذا من أخلاق المؤمنين، وقال أبو السعود: فإذا لم يعلم شيئاً فالظاهر الإفتاء بقول محمد لتوهم الشغل (رد المحتار مع الدر المختار ٥٣٨/٩، ٥٤٢، دار الكتب العلمية).

[٥] - وهو يقول: يجتزأ بها لحصول المقصود، وهو تعرف البراءة (العناية مع تكملة الفتح ٥٢/١٠، دار الكتب العلمية).

يده، والولادة في يد المشتري [كالحيض عنده، وإذا حاضت في يد المشتري][1] في الشراء الفاسد،لا يكفيها إذا انقلب صحيحاً.

٣٨- أحد الشريكين إذا اشترى نصيب صاحبه، يجب الاستبراء، وكذا المكاتبة إذا عجزت لوجود استحداث وطء.

٣٩- والجارية الآبقة إذا رجعت لا يجب الاستبراء[2]، وكذا المغصوبة والمؤاجرة إذا ردت إليه، وكذا إذا فكت المرهونة، لانعدام سببه، وهو استحداث الملك.

٤٠ - والاستبراء في الحامل بوضع الحمل، وفي ذوات الأشهر بالشهر كما قلنا في المعتدة، وإن كانت ممتدة الطهر [لا يطأها][3] حتى يستبين أنها ليست بحامل[4]، وليس فيه تقدير في ظاهر الرواية، وقيل: هو بثلاثة أشهر، وعن محمد رحمه الله أربعة أشهر وعشر، وعنه: شهران وخمسة أيام، وعن زفر رحمه الله سنتان[5].

---

[1] - ما بين القوسين ساقط من (ن،ع).

[2] - يعني التي أبقت في دار الإسلام ثم رجعت إلى مولاها، فإن أبقت إلى دار الحرب ثم عادت إليه بوجه من الوجوه، فكذلك عند أبي حنيفة لأنهم لم يملكوها فلم يحدث الملك، وعندهما يجب عليه الاستبراء، لأنهم ملكوها (العناية مع تكملة فتح القدير ٥٣/١٠، دار الكتب العلمية).

[3] - كلمة "لا يطأها" لا توجد في نسخة (م)، ويوجد هنا بياض في نسختي (ن،ع)، وقد زيدت لتستقيم الجملة.

[4] - عبارة "أنها ليست بحامل" ساقطة من (ن،ع).

[5] - والأول أصح، وهو أن يتركها شهرين أو ثلاثة، لظهور الحبل في ذلك غالباً (العناية مع تكملة الفتح٥٥/١٠، دار الكتب العلمية).

٤١- ومن لا يرى الاستبراء فهو عاص، وإن كان يراه ولا يعمل به فكذلك.

٤٢- ولا بأس بالاحتيال لإسقاط الاستبراء عند أبي يوسف رحمه الله، وهو المأخوذ فيما إذا علم أن البائع لم يقربها في طهرها، وقال محمد رحمه الله: يكره الاحتيال فيه، وهو الماخوذ إذا قربها في طهرها. والحيلة أن يتزوجها قبل الشراء[1] إذا لم يكن تحته حرة، ثم يشتريها، وإن كانت تحته حرة يزوجها البائع ممن يوثق به قبل الشراء، ثم يشتريها ويقبضها، ثم يطلق الزوج قبل الدخول؛ لأن وقت حدوث الملك المؤكد بالقبض لم يكن فرجها حلالا له، وإنما حلت بعد ذلك، والمعتبر وقت وجود السبب، كما إذا كانت الجارية معتدة الغير، إلا أن هاهنا يجب على الزوج لمولاها نصف المهر، وفي المسألة الأولى[2] يسقط المهر بالشراء منه.

---

[1] - لفظ: "الشراء" غير موجود في (ن).

[2] - في (م): "الأولى" ساقط.

فصل في اللبس

٤٣- لبس الثياب الجميلة يباح إذا لم يتكبر بها، كما أن جمع المال الحلال حلال، إذا لم يضيع الفرائض ولا يمنع حقوق الله تعالى ولا يتكبر به.

٤٤- ويستحب أن يلبس الثوب المصبوغ أحيانا خلافا للمجوس.

٤٥- إرخاء الستر على الباب مكروه إذا أراد به التكبر، لأنه من زيّ الجبابرة، والتشبه بهم حرام.

٤٦- لا يحل للرجال لبس الحرير، ويحل للنساء، ولا بأس بتوسده والنوم عليه عند أبي حنيفة رحمه الله[١].

---

[١] - وهو قول بعض الشافعية وابن الماجشون المالكي (ر: فتح الباري ٢٩٢/١٠، ط: بيروت) وعند الصاحبين يكره (الهداية ٣٥٦/٤) وهو الصحيح كما في المواهب (الدر المختار بهامش رد المحتار ٢٢٦/٥) وبه أخذ أكثر المشايخ (جامع الرموز ٤٣١/٣)، وبمعناه نقل الحافظ ابن حجر عن الجمهور (فتح الباري١٠/٢٩٢) قال الحصكفي: لكنه خلاف المشهور، ونقل العلامة ابن عابدين الشامي عن الشرنبلالية: قلت: هذا التصحيح خلاف ما عليه المتون المعتبرة المشهورة والشروح، ونقل حديثاً مرفوعاً، وآثار ابن عباس وأنس رضي الله عنهم تؤيد قول الإمام: أن النبي -ﷺ- جلس على مرفقة حرير، وكان على بساط ابن عباس مرفقة حرير، وروي أن أنسا حضر وليمة فجلس على وسادة حرير، ولأن الجلوس على الحرير استخفاف وليس بتعظيم، فجرى مجرى الجلوس على بساط فيه تصاوير، منح عن السراج (رد المحتار ٥١٢/٩، دار الكتب العلمية) واحتج الصاحبان والجمهور

٤٧- ولا بأس بلبس الملحم إذا كان سداه ابريسما ولحمته قطناً أو خزاً، ولو كان على عكسه لا بأس في الحرب للضرورة[١] والاعتبار للحمة[٢].

٤٨- ولا يكره لبس الثياب التي كتب عليها بالذهب والفضة، والمموه منهما.

٤٩- وعن أبي يوسف رحمه الله أنه قال: أكره لبس ثوب القز، ولا بأس بحشوه، لأن الثوب ملبوس، والحشو لا[٣].

بحديث صحيح رواه البخاري في صحيحه عن حذيفة رضي الله عنه قال: نهانا النبي -ﷺ- أن نشرب في آنية الذهب والفضة، وأن نأكل فيها، وعن لبس الحرير والديباج، وأن نجلس عليه (اللباس، باب افتراش الحرير ٨٦٨/٢) وأما حديث جلوس النبي -ﷺ- على مرفقة حرير، فقال الزيلعي عنه: قلت: غريب جداً، (نصب الراية ٢٢٧/٤) وأما أثر ابن عباس وأنس فلا يرجح بمقابلة الحديث المرفوع الصحيح، فينبغي أن يؤخذ بقول الصاحبين ويفتى به.

[١] - في (ن): "لا ضرورة".

[٢] - وفي النسخ الثلاث: "ولا اعتبار للحمة" والصواب ما كتبناه (انظر: الهداية مع تكملة فتح القدير ٢١/١٠، دار الكتب العلمية).

[٣] - روي عن الإمام أبي حنيفة و محمد أيضاً: لا بأس به (الهندية ٣٣١/٥، البزازية على هامشها ٣٦٨/٦) وفي الهداية: قال أبو يوسف: أكره ثوب القز يكون بين الفرو والظهارة، ولا أرى بحشو القز بأسا ولأن الثوب ملبوس، والحشو غير ملبوس (الهداية مع تكملة فتح القدير ١٢١/١٠، دار الكتب العلمية).

٥٠- ولا يجوز للرجال التختم إلا بالفضة، وكذا المنطقة بها، والتختم بالذهب والصفر والحديد حرام لهم، ومن الناس[١] من أطلق من[٢] الحجر الذي يقال له يشب[٣]، ويلبس في خنصره اليسرى خلافاً للروافض، ويجعل الفص إلى باطن كفه بخلاف النسوان، لأنه تزيين في حقهن[٤]، والأفضل لغير القاضي والسلطان تركه لعدم الحاجة.

٥١- ولا بأس بمسمار الذهب في نقب الفص، لأنه تابع له كالعلم في الثوب والجبة المكفوفة بالحرير، لأنه قليل، واستعمال القليل منه مباح، ليكون أنموذجا لذلك الكثير الكامل في الآخرة.

٥٢- أما الجلوس على كرسي الفضة لا يجوز، لأن عين الشيء لا يكون أنموذجا لأن في الآخرة يكون كرسيا منه، وكذا الجلوس على السرير المفضض عند أبي حنيفة رحمه الله، ولبس الخاتم من الفضة بمنزلة افتراش الحرير. والذهب والفضة جنس واحد من حيث المعنى، فيكون الخاتم منه أنموذجا عن الآخرة أيضاً[٥].

---

[١] - منهم شمس الأئمة السرخسي فقال: الأصح أنه لا بأس به كالعقيق فإنه مبارك تختم به النبي صلى الله عليه وسلم، ولأنه ليس بحجر (العناية مع تكملة فتح القدير ٢٦/١٠، دار الكتب العلمية).

[٢] - في الهداية" في" مكان" من" في هذا الموضع (٤٥٧/٤).

[٣] - وهو معرب" اليشم" بإبدال الميم باء، كلازم ولازب (تاج العروس ٥٣٠/١).

[٤] - في النسخ الثلاث: "وجهين"، وأثبت "حقهن" أخذاً من الهداية (٤٥٧/٤).

[٥] - كذا في (م)، وفي (ن، ع) غير واضح.

٥٣- والتختم بالذهب للرجال حرام[١]، ومن الناس من قال: لا بأس به، وهو غير صحيح.

٥٤- ويكره أن يلبس الصبي الذهب والحرير، لأنه لما حرم اللبس للذكور حرم الإلباس أيضاً، كالخمر لما حرم شربها حرم سقيها.

٥٥- ويكره أخذ الخرقة التي يمسح بها العرق أو الوضوء أو المخاط، لأنه نوع تجبر[٢]، وقيل: إن كان عن حاجة لا يكره، وهو الصحيح[٣].

٥٦- ولا يشد سنه بالذهب عند أبي حنيفة رحمه الله وإنما يشد بالفضة، وعن محمد رحمه الله لا بأس بالذهب لورود النص في وصل الأنف بالذهب[٤].

---

[١] - لما روى مسلم في صحيحه: عن البراء بن عازب قال: أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم بسبع ونهانا عن سبع ... ونهانا عن خواتيم أو عن تختم بالذهب وعن شرب بالفضة وعن المياسر وعن القسي وعن لبس الحرير والاستبرق والديباج (كتاب اللباس، باب تحريم استعمال إناء الذهب والفضة).

[٢] - أى تكبر، كما في الهداية: "لأنه نوع تجبر وتكبر" (٤٥٨/٤).

[٣] - وهو يوافق ما هو معروف ومروج في عصرنا.

[٤] - روي عن عرفجة بن أسعد قال: أصيب أنفي يوم الكلاب في الجاهلية، فاتخذت أنفا من ورق، فانتن علي، فأمرني رسول الله -ﷺ- أن أتخذ أنفا من ذهب، قال الترمذي: هذا حديث حسن، إنما نعرفه من حديث عبد الرحمن بن طرفة (اللباس، باب في شد الأسنان بالذهب).

فصل في الأكل والشرب

٥٧- لا يجوز الأكل والشرب والادهان والتطيب في آنية الذهب والفضة للرجال والنساء[١]، للحديث المعروف وهو قوله عليه السلام: "لا تتشبهوا بزي المشركين وبنعم المسرفين"[٢]، وكذا الأكل بملعقة الذهب والفضة، [والاكتحال بميل الذهب والفضة][٣]، ولا بأس باستعمال الزجاج والبلور والعقيق عندنا، خلافاً للشافعي رحمه الله[٤]. ويجوز الأكل

---

[١] - لما روى مسلم عن أم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم قال: "الذي يشرب في آنية الفضة إنما يجرجر في بطنه نار جهنم"، وفي رواية: "إن الذي يأكل أو يشرب في آنية الفضة والذهب"، وفي رواية: "من شرب في إناء من ذهب أو فضة فإنما يجرجر في بطنه ناراً في جهنم"، وقال النووي: قال أصحابنا: انعقد الإجماع على تحريم الأكل والشرب وسائر الاستعمال في إناء ذهب أو فضة (مسلم، كتاب اللباس، باب تحريم استعمال أواني الذهب والفضة في الشرب وغيره).

[٢] - لم أر بهذا اللفظ، وأخرج مسلم عن أبي عثمان موقوفاً بلفظ: "وإياكم والتنعم وزي أهل الشرك" (صحيح مسلم: اللباس والزينة، باب تحريم استعمال إناء الذهب، مسند أحمد ١٦/١).

[٣] - ما بين القوسين ساقط في (م). والاعتبار في هذه المسألة "بكل ما كان يعود الانتفاع به إلى البدن" (الهندية ٣٣٤/٥).

[٤] - وصرح النووي: وأما إناء الزجاج النفيس، فلا يحرم بالإجماع، وأما إناء الياقوت والزمرد والفيروزج ونحوها، فالأصح عند أصحابنا جواز استعمالها، ومنهم من حرمها، والله أعلم (شرح صحيح مسلم، اللباس، باب تحريم استعمال أواني الذهب والفضة في الشرب).

والشرب في الإناء المفضض إذا كان يتقي موضع الفم منهـا، وقيـل: موضع اليد في الأخذ أيضاً.

٥٨- والأدب في غسل اليد قبل الطعام أن يبـدأ الـشبان[١]، ثـم الشيوخ، ولا يمسح بالمنديل بل يبقى أثر الغسل في يده وقت الأكل، وأما الغسل بعد الطعام أن يبدأ الشيوخ ثم الشبان[٢]، ويمسح يده بالمنديل حتى لا يبقى أثر الطعام، ولا بأس بغسل اليد بعد الطعام بالـدقيق بمنزلـة الأشنان، وكذا لو وضع العجين على الجرح، إن عرف شفاءه فلا بـأس به فصار بمنزلة الدواء.

٥٩- لا بأس للمرأ أن يلتمس السمن بالأكل ما لـم يأكـل فـوق الشبع، والأكل بعد الشبع حرام في كل مباح، ولهذا لا يأكل[٣] المـضطر من الميتة حال المخمصة إلا مقدار ما يسد جوعته، وقيل: يأكل مقدارما يزول خوف الضرورة، فإذا زالت الضرورة يترك الأكل، لقوله تعالى: ﴿فمن اضطر غير باغ ولا عاد﴾[٤] أي في الأكل، وقيل: يأكل حتى يشبع، ويتزود منها، فإن[٥] وجد غيره طرحها[٦]، وطلب السمن فعل مباح لقصد

---

[١] - في (ن،ع): "الشباب".

[٢] - في (ن،ع): "الشباب".

[٣] - في (ن،ع): "ولهذا قالوا يأكل".

[٤] - البقرة: ١٧٣.

[٥] - في (ن،ع): "وإن" محل "فإن".

[٦] - قال معناه مالك، وبه قال الشافعي وكثير من العلماء (الجامع لأحكام القـرآن للقرطبي ٢٢٧/٢/١).

مباح، وعن أنس بن مالك[1] رضى الله عنه أنه أكل[2] ألوان الطعام ثم يتقيأ[3] فيجده نافعا، ومثله على وجه العلاج لا بأس به.

٦٠- ويكره وضع المَمْلَحة على الخوان[4]، ووضع الملح عليه لا بأس به، ويكره تعليق الخبز على الخوان، لأنه إهانة، بل يوضع وضعا[5].

٦١- ولا يناول الضيف بعضهم بعضا، إلا برضا صاحب البيت، لأن المباح لا يباح[6]، والملك لايزول بالإباحة، و أما رفع الزلة[7] حرام بكل حال مالم يقل صاحب البيت خذوا، ولو أطعم الضيف الهرة قليلاً

---

[1] - هو أنس بن مالك بن النضر بن ضمضم النجاري الخزرجي الأنصاري، أبو تمامة، خادم رسول الله -ﷺ- ولد بالمدينة سنة١٠ ق هـ/ ٦١٢م، و آخر من مات بالبصرة من الصحابة سنة ٩٣ هـ/ ٧١٢م، أسلم صغيرا، روى عن رسول الله -ﷺ- والخلفاء الراشدين الثلاثة الأول وابن مسعود رضي الله عنه، وعنه رجال الحديث ٢٢٨٦ حديثا (ر: طبقات ابن سعد ١٢/٧-٢٦، وصفة الصفوة ٧١٤/١، ٧٧٠، والأعلام للزركلي ٢٥/٢).

[2] - في الهندية: "يأكل" (٣٣٦/٥).

[3] - في النسخ الثلاث: "تفتاه"، وفي الهندية (٣٣٦/٥) وبهامشها البزازية (٣٦٥/٦): "يتقيأ".

[4] - في (ن،ع): "الخبز" مكان "الخوان".

[5] - أي بحيث لا يعلق (ر: البزارية على هامش الهندية ٣٦٥/٦).

[6] - "المباح لا يباح "ساقط من (ن،ع).

[7] - في (ن): "الذلة" بالذال، والزلة: الخطيئة والسقطة، واسم لما تحمل من مائدة صديقك أو قريبك (القاموس المحيط ص: ١٣٠٥).

من الطعام يجوز، ولا يجوز إطعام[1] الكلب، إلا المحترق من الطعام.

٦٢- الهرة إذا أخذت[2] من الطعام، فسقط من فمها شـــيء يكـــره أكله.

٦٣- ويجوز إعطاء الطعام لمن هو قائم[3] على الخوان، ولا يجوز للسائل، ويجوز نهب الطعام وغيره بإذن صاحبه.

٦٤- ويكره مسح الأصابع والسكين بالخبز، فإن أكل الخبز بعد ما مسح يده لا بأس به، وكذا تسوية القصعة بالخبز مكروه، وإذا اجتمعت[4] كسيرات الخبز، واستغنى أهله عنها، له[5] أن يطعم الدجاجة أو الـــشاة أو البقرة، خير من أن يلقيه في النهر والطريق، إلا إذا ألقاه فـــي موضـــع مخرج[6] النمل يجوز.

٦٥- رجل أصاب شاة أو بدنة مذبوحة في الطريق، إن وقع فـــي قلبه أن صاحبها فعله وأباح للناس، وغلب على ظنه، فلا بأس بأكله.

٦٦- رجل دخل في كرم صديقه، وأخذ شيئا من الثمار على ظن أن صاحبه لا يكره ذلك، لا بأس، وقد يكون الطامح غالطا.

---

[1] - لفظ "إطعام" ساقط من (ع،م).

[2] - في (م): "أحدث" محل "أخذت".

[3] - يراد بالقائم هم الخدم الواقفون على رأس المائدة (ر: البزازية بهامش الهندية ٦/٣٦٥).

[4] - في (م): "اجتمع".

[5] - في (ن،ع): "وله".

[6] - في (ن،ع): "يخرج".

٦٧- أثمار[1] متناثرة في الطريق، لا يعاب المتنزه منه، إلا أن فيه رخصة إذا كان الثمار كثيراً مما لا يبقى، ما لم يتبين النهي من صاحبه، وهذا يختلف باختلاف الأماكن والناس، ولا يحل الحمل منه وإن كثر[2]، وإن كان مما يبقى كالجوز واللوز لا يجوز أكله[3].

٦٨- وأما إذا كان على الأشجار، فالأفضل أن لا يتناول منه إلا بإذن صاحبه، إلا أن يكون موضعاً فيه كثير الثمار، وهو يعلم أنه لا يشق على صاحبه.

٦٩- رجل قال لآخر: أدخل في كرمي، وخذ من العنقود، فيأخذ منه عنقوداً وسطا.

٧٠- ماء جار يجيئ فيه التفاح والكمثرى، يجوز أكله وإن كثر، لأنه إذا تركه فيه يفسد، ويكون مأذوناً دلالة.

٧١- اتخاذ الوليمة في العرس حسنة، وهو أن يذبح شاة، ويصنع طعاما، ويدعو جيرانه وأصدقاءه وأقرباءه، والعقيقة ليست بسنة ولا أدب عندنا، وإنما هي مباحة، وعند الشافعي هي سنة[4].

٧٢- ولا بأس بضرب الدف في العرس لإعلان النكاح، وينبغي

---

[1] - في (م): "ثمار".

[2] - والمختار أنه لا يأكل منه مالم يعلم أن أربابها رضوا بذلك (الغياثية/ ص٢٠٨)، ولكن الأصح أنه لا بأس به مالم يتيقن النهي صريحاً أو دلالة، كما في البزازية (البزازية على هامش الهندية ٣٦٧/٦).

[3] - وهو المختار (ر: الغياثية ص: ٢٠٨).

[4] - أنظر المجموع شرح المهذب (٤٢٩/٨)، باب العقيقة.

أن يجيب الدعوة، لأن إجابة الدعوة سنة[١]، إلا إذا كان فيه فسق، فيمتنع منه، فإن أجاب فلا بأس به، كحضور الجنازة مع النياحة، فإن قدر على منعه يمنعه، ولا يصير منكرا غير متلذذ، هذا إذا لم يكن مقتدى، أما إذا كان مقتدى به ولم يقدر على منعهم يخرج منه، ولو علم قبل الحضور[٢] لا يحضر، لأنه لا يلزم حق الدعوة[٣].

٧٣- ودلت المسألة على أن الملاهي كلها حرام، حتى التغني بضرب القضيب[٤]، لأنه من الملاهي، وسماع الملاهي[٥] معصية، والجلوس عنده فسق، والتلذذ به كفر[٦]، إلا أن يسمع من غير اختياره فهو

---

[١] – كلمة "سنة" ساقطة عن (ع).

[٢] – في (ن،ع): "الحصول".

[٣] – وفي الهندية (٣٤٢/٥، دار الفكر): من دعي إلى وليمة فوجد ثمة لعباً أو غناء فلا بأس أن يقعد ويأكل فإن قدر على المنع يمنعهم وإن لم يقدر يصبر وهذا إذا لم يكن مقتدى به، أما إذا كان ولم يقدر على منعهم فإنه يخرج ولا يقعد، ولو كان ذلك على المائدة لا ينبغي أن يقعد وإن لم يكن مقتدى به، وهذا كله بعد الحضور، وأما إذا علم قبل الحضور فلا يحضر وإن علم المقتدى به بذلك قبل الدخول وهو محترم يعلم أنه لو دخل يتركون ذلك فعليه أن يدخل وإلا لم يدخل.

[٤] – "القضيب" معناه: العود، والجمع قواضب (تاج العروس ٤٣٢/١).

[٥] – "وسماع الملاهي" ساقط من (م).

[٦] – أى بالنعمة لا اعتقادا، كما في الدر المختار بهامش الرد: فصرف الجوارح إلى غير ما خلق لأجله كفر بالنعمة لا شكر (٢٤٦/٥) أو هو محمول على وجه التشديد لا أنه يكفر (البحر الرائق ١٨٩/٨).

معذور، والواجب عليه أن يجتهد ما أمكنه حتى لا يسمع، لما روي أنــه عليه السلام أدخل اصبعه في أذنه[1].

٧٤- ولو دعا ظالم[2] إلى طعامه، إن خاف منــه لا بــأس بــأن يجيبه[3]، والتورع منه أولى زجرا له، هذا إذا كان غالب مالــه حــلالا، وكذا في قبول هديته، أما إذا كان غالب ماله حراماً لا يأكل من طعامه، ولا يقبل هديته ما لم يخبر أن هذا حلال، أو استقرض حلالا من آخــر. وكذا إذا كان كسبه من الربا والحرام، فهو واجب الامتناع، وكذا الشبهة، فمن وقع في الشبهة فقد وقع في الحرام[4].

٧٥- وإن كان في يد أبويه حرام يمتنع منه وإن أســخطهما، وإن كان ذا هيبة يمتنع عنه باللطف، وإلا يصغر اللقمة، ويطيل المضغ ويقل الأكل، أو يأخذ قطعة طعام من بيته سرّاً.

٧٦- الجوز الذي يلعب به الصبيان يوم العيد، يجوز أكله وشراءه، إذا لم يحصل له على سبيل القمار.

---

[1] - لم أره بنفس لفظه، روى ابن ماجه عن مجاهد أنه قال: كنت مع ابن عمــر فسمع صوت طبل فأدخل إصبعيه في أذنيه، ثم تنحى حتى فعل ذلــك ثــلاث مرات، ثم قال: هكذا فعل رسول الله -ﷺ- (النكاح، باب الغناء والدف).

[2] - في (ن): "ظالما" بالنصب.

[3] - في (ن): "يجتنبه".

[4] - روى البخاري في البيوع عن النعمان بن بشير قــال: قــال النبــي -ﷺ-: الحلال بين والحرام بين، وبينهما أمور مشتبهة، فمن ترك ما شبه عليه مــن الإثم، كان لما استبان أترك، ومن اجترأ على ما يشك فيه من الإثم أوشك أن يواقع ما استبان (باب الحلال بين والحرام بين وبينهما مشبهات ١/٢٧٥).

فصل في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر

٧٧- الأمر بالمعروف من أعظم أمور الدين، وهي الحكمة في بعث الأنبياء والمرسلين عليهم السلام مبشرين ومنذرين، وقد[١] ثبت وجوبه بالكتاب والسنة: أما الكتاب قوله تعالى: ﴿يأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر﴾[٢] وقوله عليه السلام: "مروا بالمعروف وإن لم تعملوا[٣] وانهوا عن المنكر وإن لم تنتهوا"[٤].

٧٨- وإنما يلزمه إذا علم أنه يتعظ به[٥]، أما إذا علم أنه لا يتعظ به

---

١ - في (ن،ع): "وقد" ساقط.

٢ - آل عمران (١١٤).

٣ - في (ن): "وإن لم تعلم".

٤ - رواه الهيثمي بلفظ: عن أنس بن مالك قال: قلنا: يا رسول الله! لا نأمر بالمعروف حتى نعمل به ولا ننهى عن المنكر حتى نجتنبه كله؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: مروا بالمعروف وإن لم تعملوا به وانهوا عن المنكر وإن لم تجتنبوه كله" قال الهيثمي: رواه الطبراني في الصغير والأوسط من طريق عبد السلام بن عبد القدوس بن حبيب عن أبيه وهما ضعيفان (مجمع الزوائد ٥٤٣/٧، دار الفكر، بيروت).

٥ - وفي الفتاوى الهندية (٣٥٢/٥، دار الفكر) نقلاً عن كتاب البستان: "أن الأمر بالمعروف على وجوه، إن كان يعلم بأكبر رأيه أنه لو أمر بالمعروف يقبلون ذلك منه ويمتنعون عن المنكر فالأمر واجب عليه ولا يسعه تركه، ولو علم بأكبر رأيه أنه لو أمرهم بذلك قذفوه وشتموه فتركه أفضل، ولو علم أنه لا

لا يلزمه ذلك ولا يأثم بتركه[1]، وينبغي أن يكون التعريف أولا باللطف والرفق، ليكون أبلغ في الموعظة والنصيحة، ثم التعنيف بالقول لا بالسب والفحش، ثم وباليد كإراقة الخمر وإتلاف المعازف، وقيل: باليد للأمراء، وباللسان للعلماء، وللعوام بالقلب، وإقدامه عليه أداء حق الله تعالى، وهو أن يكون [سبباً][2] لكف الفجرة عن العصيان غالباً، حتى لو قتل فيه صار شهيداً.

٧٩- ويجوز تركه إذا خشي على نفسه الهلاك[3]، صيانة لنفسه عن الهلاك، فيخير بينهما، والظاهر من حال المسلم أن الأمر بالمعروف يؤثر، لأن المسلم يعتقد بحرمته، بخلاف الكافر.

٨٠- والمنكرات في قراءة القرآن اللحن، وتغيير[4] الأصوات،

يقبلون منه ولا يخاف منه ضرباً ولا شتماً فهو بالخيار والأمر أفضل.

[1] - قال النووي: "إنما يأمر وينهى من كان عالماً بما يأمر به وينهى عنه وذلك يختلف باختلاف الشيء فإن كان من الواجبات الظاهرة والمحرمات المشهورة كالصلاة والصيام والزنا والخمر ونحوها فكل المسلمين علماء بها، وإن كان من دقائق الأفعال والأقوال ومما يتعلق بالاجتهاد لم يكن للعوام مدخل فيه ولا لهم إنكاره بل ذلك للعلماء، ثم العلماء إنما ينكرون ما أجمع عليه، أما المختلف فيه فلا إنكار فيه" (شرح مسلم للنووي ٢١/٢، طبع دار الكتب العلمية).

[2] - ما بين القوسين ساقط من النسخ الثلاث وزدناه من فتاوى النوازل ص: ٢٨٤.

[3] - في (ن،ع): "على نفسه الهلاك لنفسه".

[4] - وفي (ن،ع): "يعتبر" محل "تغيير".

والزمزمة[1]، ونقل عن ظهير الدين المرغيناني[2] أنه قال[3]: من قال لقراء زماننا[4] أحسنت يكفر[5]. وفي الصلاة [ترك][6] تعديل الأركان، وإساءة

---

[1] – الزمزمة: صوت خفي لا يكاد يفهم (لسان العرب ٢٧٤/١٢) وفي القاموس: "الصوت البعيد له دوي وتتابع صوت الرعد" (رد المحتار، مطلب شركة في التقبل ٣٢٣/٤).

[2] – هو علي بن عبد العزيز بن عبد الرزاق، أبو الحسن، ظهير الدين الكبير، المرغيناني، المتوفى (٥٠٦هـ / ١١١٢م) فقيه جليل، تفقه على أبيه، وأبي شجاع، وعلى برهان الدين الكبير وغيرهم، وعليه ابنه الحسن، وقوام الدين أحمد والد صاحب الخلاصة، ومن آثاره أقضية الرسول -ﷺ- (ر: كشف الظنون ١٣٧/١، وهدية العارفين ٦٩٣/٥، والجواهر المضية ١٧٦/٢، والفوائد البهية ص: ١٢١، ١٢٣، ومعجم المؤلفين ١٢٣/٧).

[3] – "قال" ساقط من (م).

[4] – والمسئلة موضحة في الدر المختار قال:" وقوله أحسنت إن لسكوته فحسن، وإن لتلك القرأة يخشى عليه الكفر. وفي الذخيرة: وإن كانت الألحان لا تغير الكلمة عن وضعها، ولا تؤدي إلى تطويل الحروف التي حصل التغني بها، حتى يصير الحرف حرفين، بل لتحسين الصوت، وتزيين القراءة لا يوجب فساد الصلاة، وذلك مستحب عندنا في الصلاة وخارجها، وإن كان يغير الكلمة من موضعها يفسد الصلاة، لأنه منهي" (الدر المختار مع الرد ٤٢١/٦، فصل في البيع).

[5] – وفي الدر المختار: "يخشى عليه الكفر قال ابن عابدين الشامي تحته: "لأنه جعل الحرام المجمع عليه حسناً، ولعله لم يكفر جزما؛ لأن تحسينه ذلك ليس من حيث كونه أخرج القرآن عن وضعه، بل من حيث تنعيمه وتطريبه، تأمل" (المصدر السابق).

[6] – ما بين القوسين ساقط من النسخ الثلاث وزدناه من فتاوى النوازل تصحيحاً للمتن.

المصلي آدابها، وقد ورد في الأثر عن خير البشر صلى الله عليه وسلم: "من رأى في صلاة أخيه شيئا فسكت فهو شريك في الإثم[1]"، والسكوت عن المنكر مع القدرة محظور.

٨١- ومنكرات الأذان تغيير الألحان والنغمات، وتكرار الأذان في مسجد واحد.

٨٢- ومنكرات الحمام كشف العورة والنظر إليها وهي من أهم المهمات، ومنكرات السوق أكثر من أن تحصى.

٨٣- وعلى الرجل أن يأمر أهله بالصلاة، وله أن يضربه إذا تركها، وله أن يضرب امرأته على ترك الصلاة، وترك الغسل إذا كانت مسلمة، أما إذا كانت ذمية لا يجبر عليها، لأنه وسيلة إلى عبادة، وهي ليست من أهلها، وكذا إذا خرجت من البيت بغير إذنه، أو دعاها إلى فراشه، فلم تجبه له أن يؤدبها، وله أن يطلقها وإن لم يقدر على إيفاء مهرها، حتى قالوا: إن لقي الله تعالى ومهرها في ذمته خير من أن يطأ امرأة لا تصلي، ولا يجوز أن يضرب امرأته على ترك الخبز والطبخ، لأنه ليس بواجب عليها استحساناً.

٨٤- وليس للمرأة أن تخرج إلى مجلس العلم بغير إذن زوجها، وإن كان زوجها عالما سألت منه عما وقعت لها نازلة، وإن كان جاهلا هو يسئله من العلماء، فيعلمها، وإن امتنع الزوج من السؤال كان لها أن تخرج بغير إذنه، لأن طلب العلم فريضة فيما تحتاج إليها كسائر

---

[1] - لم أجده.

الفروض، فتقدم على حق الزوج، فالأولى أن لا تخرج بغير إذنه مالم يقع لها نازلة.

٨٥- رجل له ابن يرتكب المعاصي والمنكرات، هل يحل لرجل آخر أن يكتب كتاباً ويبعث إلى أبيه؟ ينظر فيه، إن وقع في قلبه أن الأب يقدر على منعه يحل له أن يكتب ويبعث إليه، وإلا فلا، وكذا الحكم بين الزوجين وبين الرعية والسلطان.

٨٦- إمرأة لها أب زمن وليس له أحد من يقوم عليه، وزوجها يمنعها من الخروج لتعاهده، كان لها أن تعصي زوجها، وتطيع والدها مؤمناً كان والدها أو كان كافراً، فيقدم[١] حقه على حق الزوج، لأن النص ورد في حق الأبوين الكافرين[٢].

٨٧- ولا يجوز لمسلم أن يقود أباه النصراني إلى بيعة.

٨٨- رجل له أم شابة تخرج إلى الولائم والمصائب، وليس لها زوج، لم يكن للابن أن يمنعها مالم يثبت عنده أنها تخرج إلى الفساد، فإذا ثبت ذلك عنده يرفع الأمر إلى القاضي، فإذا أمره القاضي[٣] بالمنع كان له ذلك.

٨٩- رجل فاسق يتخذ الضيافة للفساق، كان للمرأة أن تمنع من الخبز والطبخ لهم، وإن لم يكن بدّاً فلا بأس أن تخبز و تطبخ، وتنوي عند الطبخ والخبز أنهم ماداموا مشغولين بالأكل يمتنعون من الشرب،

---

١ - في (م): "فتقدم".

٢ - قال عز وجل: ﴿وصاحبهما في الدنيا معروفاً﴾ (لقمان:١٥).

٣ - "القاضي" ساقط من (ن،ع).

كرجل جلس عند الفساق وهو ينوي أنهم يمتنعون عن الفسوق[1] في تلك الحالة، كان له في ذلك أجراً لكون أنه شغلهم بالكلام عن الفسق.

٩٠- رجل رأى منكراً أو رأى ممن يرتكب المنكر، فعليه أن ينهاه.

٩١- رجل أظهر الفسق في داره، ينبغي لجاره أن يعظه بعظة، وإن لم يمتنع يخبره إلى الإمام ، وهو إن شاء أدبه وإن شاء أزعجه عن داره.

٩٢- ولا يخرج[2] المرء إلى الجهاد إلا بإذن الوالدين، وفي سفر التجارة والحج يجوز أن يخرج بغير إذنهما، إذا كانا مستغنين عنه.

---

[1] - في (ن،ع): "الفسق" محل "الفسوق".

[2] - في (م): "تخرج" محل "يخرج".

فصل فيما يوجب الكفر وفيما لا يوجب الكفر

٩٣- الرضا بالكفر مستقبحاً للكفر ليس بكفر[١]، لقوله تعالى عن قصة موسى عليه السلام ﴿واشدد على قلوبهم فلا يؤمنوا﴾[٢]، وإنما الرضاء بالكفر مستحسنا له كفر، كما لو أمر امرأة بأن ترتد لتبين من زوجها فقد كفر الآمر قبل أن ترتد، وكذا لو عزم على أن يأمر رجلا بالكفر فقد كفر، هو مروي عن أبي حنيفة رحمه الله.

٩٤- وكل من كفر[٣] بلسانه طائعا، وقلبه مطمئن بالإيمان فهو كافر، لا ينفعه ما[٤] في قلبه. رأى أبوحنيفة رحمه الله ابنه أنه يتكلم في الكلام فنهاه، فقال[٥]: أنت تتكلم فيه يا أبي، فقال: نحن نتكلم فيه كأن الطير على رؤوسنا، وإنكم[٦] تتكلمون فيه ويريد كل واحد منكم كفر[٧] صاحبه، ومن أراد كفر صاحبه فقد كفر.

ومن هذا كره جماعة من العلماء الاشتغال بالكلام، وقيل: الاشتغال

---

١ - "ليس بكفر" ساقط من(ن،ع). والصحيح ما في المتن كذا في السراجية: كتاب السير: ٦٩.

٢ - سورة يونس: ٨٨.

٣ - لفظ "كفر" ساقط من (ن).

٤ - "ما" ساقط من (م).

٥ - في (ن): "فقالت".

٦ - وفي (ن،ع): "إن كنتم".

٧ - في النسخ الثلاث: "زلة" ولعل الصواب ما كتبناه من فتاوى النوازل.

به وبالمناظرة قدر ما وراء الحاجة مكروه، وقال أبو الليث الحافظ[1]: من اشتغل بالكلام، محى الله اسمه من العلماء، يعني إذا كان يؤدي إلى تشويش العقائد، وإثارة البدع والفتن، أما معرفة الله تعالى وتوحيده، ومعرفة النبوة واجبة[2] فلا يمنع، ولو قال: لا إله، وأراد أن يقول: إلا الله، ولم يقل، لا يكفر، لأنه معتقد ومصر على إيمانه[3].

٩٥- السجدة للسلاطين بنية[4] التحية إذا كان خائفا لا يكون كفراً، ولو سجد لغير الله معتقداً حقيقته يكفر.

٩٦- ولو قبل الأرض للسلطان لا يكفر، لأنه يريد به التحية لا العبادة[5]، وكذا لو قبل الأرض بين يدي ظالم لا يكفر، وتقبيل يد العالم جائز، وقيل: سنة.

---

[1] - هو نصر أبو الليث السمرقندي الملقب بالحافظ، المتوفى (٢٩٤هـ)، هو متقدم على أبي الليث المشهور بإمام الهدى والملقب بالفقيه المتوفى (٣٧٣هـ)، ولم يذكر أحد اسم الحافظ كاملا بالقطع (ر: الجواهر المضية:٣٤٧، والفوائد البهية ص: ٢٢١).

[2] - في (ن،ع): "معرفة الألوهية واجب".

[3] - في (ن،ع): "على اثباته".

[4] - لفظ: "بنية" ساقط من (ن).

[5] - وفي الدر المختار: وكذا ما يفعلونه من تقبيل الأرض بين يدي العلماء والعظماء فحرام، والفاعل والراضي به آثمان لأنه يشبه عبادة الوثن، وهل يكفران؟ على وجه العبادة والتعظيم كفر، وإن على وجه التحية لا، وصار آثماً مرتكباً للكبيرة (الدر المختار مع رد المحتار ٥٥٠/٩، كتاب الحظر والإباحة).

٩٧- ولو قال لسلطان ظالم: إنه عادل، يكفر[١]، وقيل: لا يكفر[٢]، لأنه قد يعدل في شيء ما، ولو قال لرجل: ألست بمسلم؟ فقال: لا، يكفر إلا إذا غلط، وكذا لو قال: ألا تخشى[٣] من الله، فقال: لا. ولا ينبغي أن يقول: آن روزكه خداى باشد، وهيج جيز نباشد، لأن هذا قول بفناء[٤] الجنة والنار، وهما مع أهليهما لا يفنيان لأنه جزاء عبادته ومعصيته، ولو قيل لآخر: حكم خداى جنين است[٥]، فقال: من حكم خداى راجه كنم؛ أوقال: حكم خداى راجه دانم؟ يكفر، ولو قيل له: هذا حكم الشرع فتجاثى[٦] عاليا اينك شريعت را، لا يكفر.

٩٨- ولو نظر إلى الفتوى فقال: جه يارنامه[٧] آورده، يكفر إذا أراد الاستخفاف، ولو قال: ليس كما أفتوا[٨]، أو قال: لا يعمل به، يعزر[٩]

---

[١] - به قال الشيخ الإمام أبو منصور الماتريدي (السراجية، السير ص: ٦٨).

[٢] - قائله السيد الإمام أبو القاسم (نفس المصدر، باب ألفاظ الكفر:٦٨).

[٣] - في النسخ الثلاث: "ما تخشى"، والصواب ما كتبناه كما في الغياثية ص: ١٠٣.

[٤] - في (ن): "بقا".

[٥] - في (ن،ع)، حكم خداى تراست.

[٦] - في (ن،ع): "فتجاشى"، وفي (م): "فتحاشا"، والصحيح ما كتبته بالثاء المثلثة من جثا، معناه الجلوس على الركبة، أو القيام على أطراف الأصابع (ر: القاموس المحيط: ص ١٦٣٨).

[٧] - جاء في الغياثية "جند" باللغة الفارسية (ص١٠٤).

[٨] - في (ن،ع) غير واضح.

[٩] - في (ن،ع): "يعوذ".

لأنه ارتكب المنكر. وعن أبي سفيان[1] رحمه الله فيمن زعم أن المعوذتين ليستا من القرآن لا يكفر، لأنه متأول.

٩٩- ولو قال فاسق: اين فسق نيز[2] راه است ومذهبيست، قيل: يكفر، والأصح أنه لا يكفر، ولو قال فاسق لمصلح: بياتا[3] مسلماني بين، يشير إلى مجلس الفسق، يكفر.

١٠٠- ولو جلس في مجلس الشراب على مكان مرتفع، وذكر مضاحك يستهزئ بالملك، فضحكوا، كفروا جميعاً.

١٠١- ولو قال: اكر بيغامبران وفرشتكان كواهي دهند استوار ندارم، يكفر.

١٠٢- ولو عاب النبي -ﷺ- بشيء من العيوب يكفر، وكذا لو قال: اكر فلان بيغامبر بودى من بروى ايمان نه آوردي، يكفر بهذا القول، كما إذا قال: أمرني الله بأمر لم أئتمره[4]، ولو قال: فعل دانشمندان همان أست[5]، وفعل كافران همان است، قيل: يكفر، و لو قال لفقيه معين لا يكفر، ولو قال: اين ظلم را خدا به بسند، يكفر إن اعتقد أن الله تعالى يرضى بالظلم.

---

[1] - هو أبو سفيان الرازي، له كتاب "الاستحسان" (الجـواهر المـضية ٣/٣٢٥، وكشف الظنون ٢/١٣٨٩).

[2] - غير واضح في (ن،ع).

[3] - في (ن،ع): "ولو قال فاسق لصالح: بياتايا".

[4] - في (ن،ع): "لم أئمتره به".

[5] - في (ن،ع): "ن أست" ساقط.

١٠٣- ولو قال المؤذن: الله أكبر، وقال الآخر: كذبت، يكفر في ساعته[١].

١٠٤- ولو تمنى أن تكون[٢] الخمر حلالا، لا يكفر، ولو تمنى أن يكون الزنا حلالا[٣]، يكفر، لأن الزنا محرم في الأديان كلها.

١٠٥- ولو سمع صوت هامت[٤] فقال: يموت واحد، يكفر، والأصح أنه لا يكفر.

١٠٦- ولو قال: من يحتاج إلى كثرة المال فالحلال والحرام سواء، يخاف عليه الكفر.

١٠٧- رجل ضرب إنسانا فقيل له: لست بمسلم؟ فقال: لا، يكفر، إلا إذا غلط، ولو قال في مرضه: إن شئت توفيتني مسلما، وإن شئت كافراً، يكفر.

١٠٨- ساحر يسحر، ويدعي الخلق[٥] من نفسه، يقتل لردته، وساحر يسحر وهو جاحد، لا يستتاب منه ويقتل إذا ثبت على سحره، دفعا للضرر عن الناس[٦]، و لأن الساحر يسعى في الأرض فساداً، فيقتل، وساحر يسحر ولا يعتقد به، لا يكفر، وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه قال:

---

[١] - في (ن، ع): "من ساعته".

[٢] - في (ع، م): "يكون" بالياء.

[٣] - في (ن،ع): "حلال".

[٤] - أي خفي، قيل: إنه من الهمس، والتاء بدل من السين (ر: تاج العروس ٥٩٧/١).

[٥] - أي أنه خالق ما يفعل (ر: الغياثية ص: ٩٩).

[٦] - والصحيح أنه يستتاب وهو الأحوط (ر: الغياثية ص: ١٠٠).

الساحر إذا أقر بسحره، أو ثبت بالبينة يقتل ولا يستتاب منه، والمسلم والذمي والحر والعبد فيه سواء، وقيل: الساحر المسلم يقتل، وساحر أهل الكتاب لا يقتل، وأما المرأة إذا أقرت به، أو شهد الشهود عليها أنها ساحرة لا تقتل، ولكن تحبس وتضرب، حتى يستبين لهم التوبة بتركها، والأمة والذمية كذلك، وأما المعزمون وأهل النيرنجيات[1] من خدمة الشياطين، ويدعي علم الغيب فهما كافران أيضا، والمراد به من الساحر غير المشعوذ[2] ولا صاحب الطلسم، ولا الذي يعتقد الإسلام.

١٠٩- والسحر في نفسه حق أمر كائن، إلا أنه لايصلح إلا للشر والضرر بالخلق، والوسيلة إلى الشر شر، فيصير مذموما.

١١٠- وأما علم النجوم فهو في نفسه حسن غير مذموم، إذ هو

---

[1] - وقال ابن سينا: من أن خوارق العادات في العالم ثلاثة أنواع: لأنها إما أن تكون بأسباب طبيعية سفلية فلكية كتمزيج القوى الفعالية السماوية بالقوى المنفعلة الأرضية، وهذا هو الطلسمات، وإما أن تكون بأسباب طبيعية سفلية كخواص الأجسام، وهي النيرنجيات وإما أن تكون بأسباب نفسانية (النبوات، فصل أصول الدين لابن تيمية ٧٤/٣١ أضواء السلف الرياض)، قال محمد بن إسحاق: زعم المعزمون والسحرة أن الشياطين والجن والأرواح تطيعهم وتخدمهم وتتصرف بين أمرهم ونهيهم (الفهرست لابن النديم ٤٢٩/١، دار المعرفة)، وقال الجصاص: ما يدعيه المعزمون وأصحاب النيرنجيات من خدمة الشيطان لهم والفريقان جميعاً كافران، (أحكام القرآن ٦٣/١، دار إحياء التراث العربي).

[2] - الشعوذة: خفة في اليد، وأخذ كالسحر يرى الشيء بغير ما عليه أصله رأي العين، وهو مَشْعوِذٌ و مَشْعَوذٌ (القاموس المحيط: ص ٤٢٧).

قسمان: حسابي وأنه حق، وقد نطق به الكتاب، قال الله تعالى: ﴿والشمس والقمر بحسبان﴾[1] أي سيرهما بحساب[2]، والراسخون في العلم أطلقوا على أن الشمس والقمر والنجوم مسخرات بأمره، والاستدلال بسير النجوم وحركات الأفلاك على الحوادث بقضاء الله تعالى وقدرته جائز[3]، كاستدلال الطبيب بالنبض من الصحة والمرض، ولو لم يعتقد بقضاء الله تعالى، أو ادعى العلم بالغيب لنفسه يكفر، ثم تعلم علم النجوم مقدار ما يعرف به مواقيت الصلاة والقبلة لا بأس به.

١١١- وإذا تزوج رجل امرأة ينبغي أن يقول لها: من مقرام كه خداي يكست، ومن مقرام[4] خداى را وبيغامبران را، ويصف هو الإسلام، ويقول: هذا اعتقادي واعتقادك كذلك، فتقول: نعم.

قال أبو منصور: لا ينبغي أن يسأل العامي[5] عن التوحيد، لكن يقال: أليس التوحيد كذا فيقول: نعم.

١١٢- وينبغي للمسلم أن يحفظ لسانه عما يجب الاحتراز عنه، لقوله عليه السلام: "من كان يؤمن بالله واليوم الآخر، فليقل خيرا أو ليصمت[6]".

---

[1] - سورة الرحمن:٥.

[2] - في (ن، ع): "أى سيرهما بحساب" ساقط.

[3] - في (ن،ع): "جابر".

[4] - في (ن،ع): "من مقرم به خداى را بيغامبران".

[5] - وفي (م): "العامي" ساقط.

[6] - رواه مسلم عن أبي شريح الخزاعي، وأحمد في مسنده بإسناد حسن عن عبد الله بن عمر، وابن حبان في صحيحه، والحاكم، وقال: صحيح الإسناد (الترغيب والترهيب للمنذري، الطهارة ١٤٣/١، وكتاب البر والصلة ٣/ ٣٥٩).

١١٣- كافر جاء إلى مسلم فقال[١]: أعرض علي الإسلام، فقال المسلم: إذهب إلى فلان، وهو يعرض عليك الإسلام، اختلف المشايخ فيه، قيل: إنه لا يكفر[٢]، لأن من الكفر شيء لا يزول بكلمة الشهادة مالم يتبرأ عن دينه، وعسى هذا الرجل لا يعلم بذلك، وينبغي للعالم أن لا يبادر بتكفير أهل الإسلام مع أنه يقضي بإسلام المكره تحت ظلال السيوف.

١١٤- ومن وافق الكفار من المسلمين فهو فاسق غير مرتد، ولا كافر، وتسميتهم مرتدين من أكبر الكبائر، لأنه ينفر عن الإسلام، واغراء على الكفر، وكفى بهم حجة لإجراء أحكام الإسلام من صاحب الشرع على المنافقين من[٣] الوحي الناطق بنفاقهم، والطاعة للكفر إما مداراة، أو موادعة[٤]، أو مخادعة[٥].

١١٥- أما لبس السراغوج[٦] وتعليق الناشرة[٧] أمارة ملكهم، لا يتعلق بهما الدين.

---

[١] - "فقال" سقط عن (ن).

[٢] - وهو الأصح: (السراجية، كتاب السير: ٦٨).

[٣] - في (م): "مع".

[٤] - الموادعة: المصالحة (ر: القاموس المحيط ص: ٩٩٥).

[٥] - المخادعة: إظهار غير ما في النفس، وذلك أنهم أبطنوا الكفر وأظهروا الإيمان (نفس المصدر ص: ٩١٩).

[٦] - في (ن،ع): "الرانموج".

[٧] - في (م): "البابزة".

فصل في البيع

١١٦- ولا بأس ببيع السرقين كالثوب النجس، ويكره بيع العذرة، وقال الشافعي رحمه الله: لا يجوز بيع السرقين؛ لأنه نجس كالعذرة، وجلد[١] الميتة قبل الدباغ[٢]، ولنا أنه شيء منتفع به، وأنه يلقى في الأرض لاستكثار الريع، فكان مالا، والمال محل البيع، بخلاف العذرة، لأنه لا ينتفع بها إلا إذا كان مخلوطاً بالتراب، أو بشيء آخر، وبيع المخلوط يجوز، وهو المروي عن محمد رحمه الله وهو الصحيح، وكذا الانتفاع به[٣]، والمخلوط منه بمنزلة زيت خالطته نجاسة، وهو ينتفع به دون الأكل، ويجوز بيعه، ويجب عليه بيانه عند بيعه، وبيع السرقين في الرباط[٤] لا يجوز، لأنه مباح.

---

[١] – وفي (م): "جلدة".

[٢] – لا يجوز بيع السرجين والكلب والخنزير والأعيان النجسة، كما لا يجوز بيع الخمر والعذرة والجيفة وفاقاً (فتح العزيز مع المجموع ١١٢/٨ ط دار الفكر).

[٣] – والصحيح عن أبي حنيفة أن الانتفاع بالعذرة الخالصة جائز (تبيين الحقائق ٢٦/٦) وكذلك ينبغي أن يجوز بيعها أيضاً لأنه أمكن الانتفاع بها في هذا العصر، وفي الملتقى: أن الانتفاع كالبيع أي في الحكم، فافهم (الدر المختار بهامش الرد ٣٨٥/٦).

[٤] – الرباط: بكسر الراء جمعه رباطات، وهى الإقامة {المرابطة} في حدود البلاد مقابلا للعدو وإخافة له.(معجم لغة الفقهاء ص: ٢١٩).

١١٧- {ويكره أن يمدح الرجل سلعته عند البيع[١]}.

١١٨- ويكره التفريق بالبيع بين الصغيرين، أحدهما ذو رحم محرم من الآخر بسبب القرابة[٢] فإن فرق بينهما جاز العقد[٣]، وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يجوز في قرابة الولاد[٤].

١١٩- بيع الزنار[٥] للنصراني، وبيع القلنسوة للمجوس لا يكره، لأن ذلك ذل لهما.

١٢٠- ويكره بيع السلاح في أيام الفتنة من أهل الفتنة، لأنه إعانة على المعصية، وإن لم يعلم أنه منهم لا بأس به.

١٢١- ولا بأس ببيع العصير ممن يعلم أنه يتخذه خمرا، لأن

---

[١] – العبارة بين القوسين ساقطة من (م).

[٢] – وهو ظاهر الرواية (جامع الرموز ٣/٣٢٤).

[٣] – أى مفيد للحكم بنفسه، لكنه مكروه، والبائع بالتفريق آثم، هذا عند الطرفين (ر: البدائع ٥/٢٣٢).

[٤] – أى في الوالدين والمولودين، وفي سائر ذوي الأرحام جائز، وعند الطرفين ينفذ البيع مطلقاً، ويظهر بالتأمل أن قولهما يوافق أصول البيع الموضوعة المنضبطة عند الحنفية، لأن أركانه وشرائطه تتوفر في نفس المسألة، وأما أحاديث النهي فهي محمولة على الإضرار، فلا يخرج البيع من أن يكون مشروعا، كالنهي عن البيع وقت النداء، وبيع الحاضر للباد، فلا يوجب فساده على كونه مكروها فافهم (ر: بدائع الصنائع ٥/٢٣٢).

[٥] – هو خيط غليظ بقدر الإصبع من الإبريسم يشد على الوسط، وهو غير الكستيج، (كتاب التعريفات للجرجاني: ١٣٠).

المعصية لا تقام بعينه [بل بعد تغييره][1]، بخلاف بيع السلاح فـــي أيـــام الفتنة[2].

١٢٢- وإذا باع المسلم خمرا، وأخذ ثمنها{وقضى دينه}[3] فلصاحب الدين أن يمتنع من الأخذ[4]، لأنه وقع البيع باطلا، فبقي الثمن على ملـــك المشتري، فلا يحل أخذه، ولو كان صاحب الدين ذميا فلا بأس به، ولو أمر ذميا ببيعها فباعها يحل أخذه لمسلم، لأنه مال مباح في حقه، فيحل أخذه منه.

١٢٣- ولو آجر بيتا ليبيع فيه خمراً، أو يتخذ فيه بيـــت نـــار أو بيعة[5] أو كنيسة[6] لا بأس به عند أبي حنيفة رحمه الله، لأن الإجارة ترد على منفعة البيت، ولا معصية فيه، وإنما المعصية في فعل المـــستأجر، وهو مختار فيه، وقالا: يكره، لأنه إعانة على المعصية.

١٢٤- ولو حمل المسلم خمر الذمي، تطيب الأجرة عنده[7].

---

[1] - ما بين القوسين ساقط من النسخ الثلاث زدناه من الهداية لتوضـــيح المـــسألة (الهداية مع تكملة فتح القدير ٧٠/١٠، دار الكتب العلمية).

[2] - لأن المعصية تقوم بعينه (الهداية مع تكملة فتح القدير ٧٠/١٠، دار الكتب العلمية).

[3] - ما بين القوسين ساقط من (م).

[4] - صرح في الهداية:" يكره لصاحب الدين أن يأخذ منه"(٤/ ٤٧٠).

[5] - البيعة: بيت عبادة اليهود والنصارى، جمعه بيع. (معجم لغة الفقهاء: ١١٥).

[6] - الكنيسة: بفتح فكسر جمعه كنائس، معبد اليهود أو النصارى أو الكفار عامـــة (نفس المصدر: ٣٨٨).

[7] - وفي مسائل من بيع العصير ممن يعلم أنه يتخذ خمراً، وفي إجارة بيت ليباع فيه الخمر أو يتخذ بيت النار أو بيعة أو كنيسة، وفي حمل المسلم خمر الذمي

١٢٥- ولا بأس ببيع بناء مكة وإجارتها، ويكره بيع أرضها عنده، وعندهما لا بأس ببيع أرضها، وهو رواية عنه أيضاً[١].

١٢٦- ومن وضع درهما عند بقال يأخذ منه شيئا يكــره ذلــك[٢]، لأنه قرض يجر نفعه إليه، وهو أن يأخذ منه شيئا حالا فحالا، ومثل هذا القرض منهي عنه، وينبغي أن يستودعه ثم يأخذ منه ما يــشاء جــزءاً فجزءاً؛ لأنه وديعة، وليس بقرض، حتى لو هلك لا شيء على الآخذ.

اختلاف بين الإمام أبي حنيفة وصاحبيه، فيجوز كلها عنده، ويكره عنــدهما تحريماً، ويتبين بإمعان النظر في أدلتهم أن قولهما مؤيد بالنصوص والآثار، وقال فخر الإسلام: قول أبي حنيفة قياس، وقولهمــا استحــسان (ر: تبيــين الحقائق وبهامشه حاشــية الــشلبي ٢٠٩/٦، والــدر المختــار مــع الــرد ٣٩١،٣٩٢/٥) ومن أصول الافتاء والترجيح أن رأي الإمام إذا خــالف رأي الصاحبين، فحينئذ يرجح بقوة الدليل على الأصح (ر: شــرح عقــود رســم المفتي ص: ٧٠)، فينبغي أن يؤخذ قولهما في تلك المسائل، ويفتى به.

[١] - وبه يفتى، واستثنوا عن عمومه أيام الموسم، فيكره إجارة بيوت مكــة فــي أيامه، ولا بأس في غير أيامه (ر: الدر المختار ورد المحتار ٣٩٣/٥).

[٢] - وفي الهندية (٣٦٨/٥، دار الفكر) ومعنى المسألة: "أن رجلاً فقيراً له درهــم يخاف أن لو كان في يده يهلك أو يصرف إلى حاجتــه لكــن حاجتــه إلــى المعاملة مع البقال أكثر من غيرها كما في شراء التوابل والملح والكبريــت، وليس له فلوس حتى يشتري بها ما سخط من الحاجة كــل ســاعة فيعطــي الدرهم البقال لأجل أن يأخذ منه ما يحتاج إليه مما ذكرنــا بحــسابه جــزءاً فجزءاً حتى يستوفي ما يقابل الدرهم وهذا الفعل منه مكروه لأن حاصل هذا الفعل راجع إلى أن يكون هو قرضاً فيه جر نفع وهو مكروه".

١٢٧- رجل قعد على الطريق، ويبيع شـيئا، إن كـان الطريـق واسعا لا يتضرر الناس بقعوده فلا بأس بأن يشتري منـه شـيئا، وإلا فيكره.

فصل في الاحتكار

١٢٨- ويكره الاحتكار في أقوات الآدميين والبهائم، كالحنطة والشعير والتبن وغيرها من الأقوات عند أبي حنيفة رحمه الله، وعن محمد رحمه الله يتحقق في الثياب أيضاً[١]، وعن أبي يوسف رحمه الله يتحقق في كل شيء[٢]، هذا إذا كان الاحتكار يضر بأهله، بأن كانت البلدة صغيرة، أما إذا كانت كبيرةً ولا يضر بهم لا بأس به، لأنه حبس ملكه من غير ضرر لأحد.

١٢٩- وكذلك تلقي الجلب مكروه[٣]، سواء لبس السعر أو لم يلبسه في ظاهر الرواية.

ثم قيل: مدة الاحتكار مقدرة بأربعين يوماً، لقوله عليه السلام: "من

---

[١] - هكذا في النسخ الثلاث، ولكن المصنف نفسه نسب قول عدم تحقق الاحتكار في الثياب إلى محمد في الهداية، فقال: وعن محمد رحمه الله أنه قال: لا احتكار في الثياب (الهداية مع تكملة شرح فتح القدير ٦٩/١٠، كتاب الكراهية في البيع، وهكذا في الجوهرة النيرة ٣٨٧/٢ كتاب الكراهية).

[٢] - والفتوى على التقييد بأقوات البشر والبهائم، وهو قول الطرفين (ر: جامع الرموز ٤٤٠/٣، ردالمحتار ٣٩٨/٦، ط كراتشي).

[٣] - لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى تلقي الجلب وعن تلقي الركبان، رواه مسلم في صحيحه عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن تتلقى السلع حتى تبلغ الأسواق (مسلم ٥/٥، باب تحريم تلقي الجلب، دار الجيل بيروت).

احتكر طعاما أربعين يوماً، فقد برئ من الله وبرئ الله منه"[1]، وقيل: بالشهر. ثم قيل: بهذه المدة يأثم[2] إن أراد به العزة[3] والقحط، والعياذ بالله، وقيل: بهذه يستحق العقوبة في الدنيا، أما في حق الإثم يأثم هو وإن قلت المدة، فالحاصل أن التجارة في الطعام غير محمودة.

١٣٠- ومن احتكر غلة ضيعته[4]، أو ما جلبه من موضع آخر، فليس بمحتكر، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وعند أبي يوسف رحمه الله يكره أيضاً لإطلاق النص، وعند محمد رحمه الله كل ما يجلب منه إلى المصر في الغالب، فهو بمنزلة فناء المصر، يكره الاحتكار فيه لتعلق حق[5] العامة به، بخلاف ما إذا كان البلد بعيداً، لم تجر العادة

---

[1] - رواه الإمام أحمد (مسند أحمد ٣٣/٢)، وابن أبي شيبة (مصنف ابن أبي شيبة، البيوع، في احتكار الطعام ١٠٤/٦)، والحاكم في المستدرك (البيوع ١٩/٢)، والبزار وأبويعلى الموصلي في مسنديهما، والدارقطني في غرائب مالك والطبراني في مجمعه الوسيط وأبو نعيم في الحلية، كلهم رواه بلفظ "ليلة" بدل "يوما" من حديث أصبغ بن زيد، عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "من احتكر طعاما أربعين ليلة، فقد برئ من الله، وبرئ الله منه" وجميعهم رواه عن يزيد بن هارون عن أصبغ بن زيد، وأصبغ بن زيد مختلف فيه، فوثقه أحمد والنسائي وابن معين، وضعفه ابن سعد (ر: نصب الراية ٢٢/٤).

[2] - في (ن،ع): "يأثم" ساقط.

[3] - أي الغلاء.

[4] - في (ن): "ضيغة" بالغين والتاء المدورة.

[5] - وفي (م): "حق" ساقط.

بالحمل منه إلى هذا المصر لا يكون احتكارا، لأنه لم يتعلق به حق العامة[1].

١٣١- ولا ينبغي للإمام أن يسعر للناس، لقوله عليه السلام:"لا تسعروا فإن الله هو المسعر القابض الباسط الرازق"[2]، ولأن الثمن حق العاقد فإليه تقديره إلا إذا تعلق به ضرر عام، فإذا رفع أمر المحتكر إلى القاضي يأمره ببيع ما فضل من قوته وقوت أهله على اعتبار السعة، فإن رفع إليه مرة أخرى حبسه الإمام، وعزره على ما يراه زجرا له، ودفعا للضرر عن العامة.

وهل يبيع القاضي طعام المحتكر بغير أمره؟ فيه خلاف كالخلاف في مال المديون، وقيل: يبيعه بالاتفاق[3]، لأن أبا حنيفة رحمه الله يرى الحجر أيضا لدفع ضرر العام، فإن كان أرباب الطعام يتحكمون

---

[1] - وهو المختار، وهو أحد الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله أيضاً (الغياثية ص: ٥٤، والدر المختار بهامش الرد ٣٩٩/٦).

[2] - أخرجه أبوداود (البيوع: باب في التسعير ٤٨٩/٢)، وابن ماجه (التجارات، باب من كره أن يسعر ١٥٩/١) عن أنس قال: أنه غلا السعر على عهد النبي -ﷺ- فقالوا: يارسول الله! قد غلا السعر فسعر لنا، فقال:" إن الله هو المسعر القابض الباسط الرازق"، ورواه عنه الترمذي أيضاً وصححه، لكنه ساق "الرزاق" مكان "الرازق" (البيوع، باب في المخابرة والمعاومة ٢٤٥/١) وأما لفظ "لا تسعروا" فلم يرد في سننهم، إلا أن الإمام العجلوني أورده في كشف الخفاء (٤٩/٢).

[3] - وهو الصحيح (الدر المختار ٣٩٩/٦).

ويتعدون عن القيمة تعديا فاحشاً، وعجز القاضي عن صيانة حقوق المسلمين إلا بالتسعير فحينئذ لا بأس به بمشورة أهل الرأى والبصيرة[1]، ثم إذا باعوا بأكثر من السعر أجازه الحاكم، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، لأنه لا يرى الحجر على الحر، وكذا عندهما، لأن الحجر إنما يتحقق عندهما على قوم بأعيانهم[2]، ومن باع منهم بما قدره الإمام صح بيعه. والله أعلم.

[1] - في (م): "البصر".

[2] - وفي الهداية: إلا أن يكون الحجر على قوم بأعيانهم (٩٣/٤، فصل في البيع، المكتبة الإسلامية).

فصل في الخبر

١٣٢- خبر الواحد حجة في أمور الدين، ويجب العمل به. ويقبل قوله في المعاملات التي غير ملزمة، كالوكالات، والمضاربات، والوصية، والإذن في التجارة، سواء كان عدلاً أو غير عدل، مسلماً كان أو كافراً، حرا كان أو عبداً، ذكراً كان أو أنثى، دفعا للحرج[١]، لأن المعاملات أكثر وقوعا، ولأنه خبر عن عقل ودين يعتقد فيه، لأن الكذب حرام، و[٢]لأن العدالة ليست بشرط فيه، للضرورة فيه والحاجة، إذ العدل لا يوجد في كل موضع، بخلاف رواية الأخبار، لعدم الضرورة فيه، لأن العدول من الرواة كثيرة وبهم غنية فلا بد من العدالة فيه.

١٣٣- وفي الديانات لا يقبل إلا قول المسلم العدل حراً كان أو عبداً، ذكراً كان أو أنثى، كطهارة الماء ونجاسته وحل الطعام وحرمته، لأن الفاسق متهم فيه، والكافر لم يلتزم أحكامنا فليس له أن يلزم المسلم.

١٣٤- وفي خبر الفاسق في حل الطعام وحرمته، وطهارة الماء ونجاسته يحكم برأيه ويجب العمل به، لأن أكبر الرأي بمنزلة اليقين، ولأن الفاسق من أهل الشهادة، إذا لم يكن معلنا بفسقه، ولهذا ينفذ القاضي بشهادته، بخلاف خبر الذمي حيث لا يقبل.

---

[١] - ولا بد في ذلك من تغليب رأيه فيه، إن أخبر صادق فإن غلب على رأيه ذلك عمل عليه وإلا فلا (الهندية ٥/٣١٠، دار الفكر).

[٢] - حرف "و" ساقط من (م).

١٣٥- والمستور قيل: كالعدل، والأصح أنه كالفاسق[١]، والصبي والمعتوه كالذمي[٢].

١٣٦- لحم في يد رجل، أخبر مسلم ثقة أن هذا اللحم ذبيحة المجوسي وأخبر قوم أنه حلال، إن كانوا عدولا يقبل[٣] قولهم، لأن خبر الجماعة حجة في الأحكام دون خبره، وإن كانوا متهمين أخذ بقوله، وإن كان فيهم واحد ثقة[٤] فالعمل بأكبر الرأى إن كان له رأي، {وإن لم يكن له رأي[٥]} يخير بين أكله وتركه، ولا فرق بين المثبت والنافي بخلاف الشهادة.

١٣٧- والأصل في النافي إن كان النافي يعتمد دليلاً تتحقق المعارضة بين النفي والإثبات، فيترجح النافي بقوة الأثر، وإن لم يعتمد عليه يترجح المثبت، فطهارة الماء ونجاسته، وحل الطعام وحرمته يعلم حقيقته، فتتحق المعارضة، بخلاف الجارح[٦] مع المزكي، فالجارح أولى،

---

[١] - وهو ظاهر الرواية (ر: الهندية: فصل في الأكل والشرب ٤٥٤/٤) جاء فيه: "ولا يقبل قول المستور في الديانات في ظاهر الروايات وهو الصحيح، هكذا في الكافي" (الكراهية: الباب الأول في العمل بخبر الواحد ٣٠٩/٥).

[٢] - وهو الأصح (الهندية ٣٠٩/٥).

[٣] - في (ن،ع): "لا يقبل" وهو خطأ.

[٤] - في (م): "وإن كان كل واحد منهما ثقة" والصحيح ما في المتن كما في الهندية: "وإن كان فيهم واحد ثقة" (٣٠٩/٥).

[٥] - ما بين القوسين ساقط من (م، ن).

[٦] - في (ن،ع): "الخارج".

لأن نفي أسباب الجرح لا يعلم حقيقة، فيترجح المثبت وهو الجرح.

١٣٨- ولو أخبر حر ثقة بالحرمة وأخبر عبد ثقة بالحل، فالعمل بأكبر الرأي، فإن كان في جهة الحل عبدين لا بأس بأكله، وإن كان في جهة الحرمة مملوكين لا يؤكل، لأن طمانينة القلب بالمثنى[١] أكثر، وإن كان كل واحد منهما اثنين يعمل بقول الحرين[٢].

١٣٩- ولو اشترى لحما وقبضه، فأخبر مسلم ثقة أنه ذبيحة المجوسي، لا ينبغي أن يأكله، ولايطعمه لآخر، لأنه أخبر بأمر ديني، ولكن لا يرده إلى صاحبه، لأن قول الواحد ليس بحجة في إبطال حق العباد.

١٤٠- ولو اشترى جارية أو طعاماً، وأخبر مسلم ثقة أنه غصبه من فلان، فهو في سعة في الأكل والوطء، والأحب[٣] أن يتنزه منه، لأن المخبر لم يخبر بحرمة العين، وإنما أخبره بعدم الملك، والشرع يكذبه

---

[١] - في (ن،ع): "بالنفي".

[٢] - وفي هذا ضابطة سيقت في الهندية، وهي: فالحاصل أن خبر المملوك والحر في الأمر الديني على السواء بعد الاستواء في العدالة، فيطلب الترجيح أولا من حيث العدد، فإذا استوى العددان يطلب الترجيح بكونه حجة في الأحكام في الجملة، وإذا استويا، يطلب الترجيح من حيث التحري، وكذلك إذا أخبر بأحد الأمرين رجلان وبالآخر رجل وامرأتان، يؤخذ بخبر رجل وامرأتين، لما فيه من زيادة العدد، كذا في الذخيرة (الهندية، الكراهية، الباب الأول في العمل بخبر الواحد ٣١٠/٥).

[٣] - في (ن،ع): "الأدب".

ظاهرا فثبت الحل فيه.

١٤١- ومن علم بجارية أنها لرجل فرأى آخر يبيعها لا ينبغي أن يشتريها حتى يعلم انتقالها إليه بملك صحيح، أو وكله ببيعها منه، أو وهبها له، وإن قال: وكلني ببيعها وإن كان ثقة، وغلب على ظنه أنه صادق وسعه أن يشتريها، ويطأها، لأنه أخبر بخبر صحيح لا منازع له، فالقول قوله، وإن غلب على ظنه أنه كاذب لا يتعرض لها.

١٤٢- مسلم ثقة أخبر أن الفلان الغائب طلق امرأته ثلاثا، أو مات، أو جاء كتابه بطلاقها، وأكبر رأيها أنه صادق بعد التحري، لا بأس بأن تعتد وتتزوج بزوج آخر[١]، لأن القاطع طارئ ولا منازع له، بخلاف ما لو أخبرها بفساد أصل النكاح، لم يقبل قوله، لأن الفساد[٢] مقارن بالعقد، وإقدامه على العقد يدل على صحته وإنكار فساده، وكذا لو قالت المرأة: طلقني زوجي وانقضت عدتي، وكذا لو قالت المطلقة الثلاث: انقضت عدتي وتزوجت بزوج آخر ودخل بي، ثم طلقني، وانقضت عدتي. ولو قالت جارية: كنت أمة فلان، فأعتقني، يقبل قولها إذا غلب على ظنه أنها صادقة، لأن القاطع طارئ ولا منازع له.

١٤٣- شهد عدلان عند امرأة أن زوجها طلقها ثلاثا، وأنكر الزوج، ثم مات الشاهدان أو غابا، لم يسعها المقام معه، لأنه كأنها

---

[١] - صححه السرخسي (الهندية ٣١٣/٥).

[٢] - وفي الهداية: لأنه أخبر بفساد مقارن والإقدام على العقد يدل على صحته وإنكار فساده فثبت المنازع بالظاهر وهذا أوضح (الهداية مع تكملة فتح القدير ٦٨/١٠، دار الكتب العلمية).

سمعت من زوجها، لأنهما لو شهدا عند القاضي، يحكم بحرمتها، وينبغي للمرأة أن تفتدي نفسها بمال، أو تهرب منه، ولكن لايسعها أن تتزوج بزوج آخر قضاء[1]، لأنها منكوحة ظاهرا.

١٤٤- صبي جاء عند بقال بفلوس، وأخبره بطلب ما ينتفع به في البيت، كالملح والصابون ونحوه، فلابأس ببيعه، وإن طلب مما يأكله الصبيان كالجوز والزبيب، ينبغي أن لا يبيعه، لأنه كاذب ظاهراً.

١٤٥- وقبول الهدية من يد الصبي والعبد جائز للعرف والعادة، فالظاهر أنهما صادقان.

[1] - وأما فيما بينها وبين الله تعالى، فلها أن تتزوج بزوج آخر بعد ما اعتدت، كذا في المحيط (الهندية ٣١٣/٥).

فصل في التحري

١٤٦- التحري طلب الصواب بغالب الرأي عند تعذر الوقوف على حقيقة الشيء[١]، الأصل فيه أن اليقين لايزال بالشك، وإنما يزال بمثله، حتى أن الرجل إذا تيقن طهارته، و شك في الحدث، فهو على طهارته، وعلى هذا الطلاق والعتاق وغيرهما.

١٤٧- رجل صلى إلى جهة من غير شك تجوز صلاته، مالم يتبين الخطأ حملا لأمره على الصلاح، وإن كان أكبر رأيه أنه أخطأ يعيد، لأنه كاليقين فيما بنى على الاحتياط، فإن شك وصلى إلى جهة بلا تحر، فإن تبين أنه أخطأ، أو أكبر رأيه على ذلك، أو لم يتبين، يعيد في ذلك كله، لأنه لزمه التحري، إذا عجز عن إصابة القبلة، فكان من فرائض الصلاة بخلاف الأول[٢] لانعدام الشك فيه، وإن وقع تحريه إلى جهة، وهو صلى إلى أخرى، وإن تبين أنه أصاب، جازت صلاته عند أبي يوسف رحمه الله لحصول المقصود، وإن كان أكثر ظنه أنه أصاب فالأصح أنه لا تجزيء، لأنه لزمه التحري بيقين، فلا يؤخذ، وإن تبين في خلال

---

[١] – وأما ركنه، وشرطه، وحكمه، فجاء في الهندية نقلا عن المحيط السرخسي: "وأما ركنه فهو طلب الصواب بقلبه، لأن التحري يقوم به، وأما شرط جوازه، ففقد سائر الأدلة حالة اشتباه المطلوب، لأن التحري إنما جعل حجة حال الاشتباه، وفقد الأدلة لضرورة عجزه عن الوصول إليه، وأما حكمه، فوقوع العمل صوابا في الشرع" (الهندية: كتاب التحري ٣٨٢/٥).

[٢] – "الأول" ساقط من (م).

الصلاة أنه أصاب، يستقبل، لأن افتتاحه وقع ضعيفا، فلا يبني القوي[١] على الضعيف.

١٤٨- وإن شك وتحرى، وصلى إلى جهة التحري، يجوز بكل حال، لقول علي رضي الله عنه: قبلة المتحري جهة قصده[٢]، ولأن جهة التحري قبلة عند تعذر إصابتها حقيقة[٣]، وقد أتى به، بخلاف ما إذا صلى في ثوب، ثم تبين أنه كان نجسا، والماء الذي توضأ به كان نجساً يعيد صلاته، لأن الوقوف عليه ممكن، ولأن الوضوء بالماء النجس ليس بقربة، والصلاة إلى غير القبلة قربة في الجملة، اعتبارا بالتطوع حالة الاختيار في خارج البلد، وبالفرض حالة الاضطرار كما مر. وإن تبين خطأه في الصلاة يتحول إلى القبلة، ويبني، لأنه لو تحقق بعد الفراغ لا إعادة عليه، وكذا في خلالها.

١٤٩- وإن صلى بعض صلاته بالتحري إلى جهة، ثم وقع تحريه إلى جهة أخرى، يتحول إليها ويبني، بخلاف ما إذا كان له ثوبان، أحدهما طاهر، والآخر نجس، ثم شك فيهما، فتحرى، ووقع تحريه على ثوب فصلى بعض صلاته، ثم وقع تحريه على ثوب آخر، يتم فيه، ولا يعتبر تحريه الثاني، لأنه لما وقع تحريه في الأول، حكم بطهارته ونجاسة الثاني، ثم لا تتحول النجاسة منه إلى الأول، ثم ما أدى بالأول جائز، وما أدى بالثاني فهو فاسد.

---

[١] - في (م): "القول" مكان "القوي".

[٢] - ذكره السرخسي في المبسوط ٤٥٦/١٢، كتاب التحري.

[٣] - في (ن،ع) "حقيقة" ساقط.

١٥٠- رجل دخل مسجداً لا[1] محراب له، وفيه قوم من أهله، فتحرى وصلى، ثم علم أنه أخطأ يعيد، لأن التحري يعتبر عند عدم الأدلة، وهنا السؤال ممكن، فلا يعتبر التحري، ولو تبين أنه أصاب يجزيه.

١٥١- ولو اشتبه عليه القبلة بمكة، ولم يكن بحضرته من يسأله، فصلى بالتحري، ثم تبين أنه أخطأ، روي عن محمد رحمه الله أنه لا يعيد، وهو الأقيس[2].

١٥٢- والمحبوس إذا تعذر في حبسه جهة قبلته يتحرى.

١٥٣- إذا اختلط المذبوح بالميتة فالعبرة للغلبة فيه، فإن كانت الغلبة للمذبوح، يتحرى، ويرمي الذي وقع تحريه أنه حرام و يأكل البقية، وإن كانت الغلبة للميتة أو كانا سواء لا يتحرى فيه ويترك الكل، وقيل من علامة الميتة أنها إذا ألقيت في الماء، تغوص لما[3] فيه من الدم.

١٥٤- وإذا كان بعض الثياب نجساً تحرى، ويصلي به على ما وقع تحريه، سواء كانت الغلبة للطاهر أو النجس، لأن عين الثوب ما هو نجس وإنما النجاسة هي المجاورة[4].

وأما الميتة فمحرمة العين، فعند غلبة الحرام صار الكل حراماً. والله أعلم.

---

[1] - في (ن): "لا" ساقط.

[2] - لأنه كالغائب في الأصح (ر: الكبيري: ٢١٦).

[3] - في (ن،ع): "ما فيه"، بدون "ل".

[4] - في (ن،ع): "المحاورة" بالحاء.

مسائل متفرقة

١٥٥- ويكره للقضاة الاختلاط[1] إلى أهل الباطل والشر إلا بقدر الضرورة، لأن الناس يظنون أنه راض بشره، فإذا سأله لا يتكلم إلا بالحق، إلا إذا خاف على نفسه الهلاك، أو على عضو من أعضائه، لا بأس بغيره[2] لدفع شره.

١٥٦- ولو كان الرجل معروفاً بالوعظ، ويسأل الناس فهو حرام.

١٥٧- دفع الظلم بالرشوة أمر جائز.

١٥٨- رجل[3] ذكر الله تعالى في مجلس الفسقة على وجه الاعتبار أن الفسقة يشتغلون بالفسق، وأنا اشتغل بالتسبيح فهو حسن، كمن سبح الله تعالى في السوق حين رأى الناس يشتغلون بأمور الدنيا.

١٥٩- تاجر ينشر الثوب وهو يصلي أو يسبح، يريد به إعلام المشتري جودة الثوب، يكره.

١٦٠- الواعظ إذا قال لقومه: كبروا وصلوا على النبي – صلى الله عليه وسلم –، يثاب، بخلاف الحارس والفقاعي[4]، إذا فتح الفقاع[5] بقوله: لا

---

[1] – في (ن،ع): "الاختلاف".

[2] – أي بغير الحق.

[3] – "رجل" ساقط في (ن،ع).

[4] – الفقاعي: بائع الخمر(المنجد: ص ٥٩١).

[5] – الفقاع: بضم الفاء وفتح القاف المشدد، شراب يتخذ من الشعير، سمي بـذلك لما يعلو من الزبد (لسان العرب ٢٥٦/٨، ومعجم لغة الفقهاء ص: ٣٤٨).

إله إلا الله، وأراد به ترغيب المشتري، يأثم، بخلاف مسألة الأولى، لأن تعظيم الله تعالى واجب في كل زمان، خصوصاً عند سماع اسمه.

١٦١- رجل قرأ القرآن، ولم يعمل بموجب قراءته، فقراءته طاعة يثاب عليها، ولا يكون مستهزءاً، وعسى أن يحمله ذلك على العمل، وكذا لو صلى وارتكب المعاصي، لأنه هو مطيع لله تعالى بصلاته وعاص بمعصيته.

١٦٢- رجل قال: أهل قرية كذا، لايكون غيبة، لأن الغيبة للمعلوم لا للمجهول.

١٦٣- ويكره التعشير[١] والنقط في المصحف، لقول[٢] عبد الله بن مسعود رضي الله عنه، وقال المتأخرون: هو في زماننا حسن، خصوصاً للعجم.

١٦٤- ولا بأس بأن يدخل أهل الذمة المسجد، وقال مالك والشافعي رحمهما الله: يكره[٣].

---

[١] - التعشير: هو جعل العواشر في المصحف، وهو كتابة العلامة عند منتهى عشر آيات (رد المحتار مع الدر المختار ٥٥٤/٩ فصل في البيع).

[٢] - وهو هكذا: "جردوا القرآن، لا تلبسوا به ما ليس منه" (مصنف عبد الرزاق، الصيام، باب ما يكره أن يصنع في المصاحف ٣٢٣/٤).

[٣] - ذكر المؤلف في الهداية أن قول الشافعي يختص بالمسجد الحرام، وقال مالك: يكره ذلك في كل مسجد (المتفرقات من الكراهية:٤/ ٤٨٤) وفي التفسير الكبير: قال الشافعي: الكفار يمنعون من المسجد الحرام خاصة (٦٢٠/٧، ط القاهره) وقال ابن العربي المالكي: فمنع الله المشركين من دخول المسجد الحرام نصا، ومنع من دخول سائر المساجد تعليلا بالنجاسة (أحكام القرآن ٩١٤/٢).

١٦٥- ويكره أن يجعل شيئاً في كاغذ، فيها مكتوب "بسم الله"، أو كان مكتوبا على بساط الملك "الله" يكره القعود عليه، وقال بعضهم: للحروف المجردة تعظيم، مثل ألف مجردة، أو لام مجردة، حتى كرهوا أن يكتب اسم أبي جهل[١] على الخزف[٢] لأجل الحروف.

١٦٦- رجل كتب في التعويذ شيئا من القرآن، أو من التوراة أو من الانجيل، وقال: أعطيت لكم هدية، ثم أخذ منه شيئا، لا يحل، لأن أخذ المال على الهدية لا يجوز.

١٦٧- توسد كتب الفقه والأحاديث لأجل الحفظ لا يكره[٣].

١٦٨- ومن هم بمعصية، إن خطر بباله، لا يأثم به، وإن عزمه[٤] وأصر عليه يأثم.

---

[١] - هو عمرو بن هشام بن المغيرة بن عبد الله بن عمرو بن مخزوم القرشي، أبو الحكم أبو جهل، ولد سنة ٥٧٠م أو بعده من عدة أيام، وقتل في غزوة بدر الكبرى (٢ هـ/ ٦٢٤م) أحد سادات قريش وأبطالها، وأشد الناس عداوة للنبي -ﷺ- في صدر الإسلام، واستمر على عناده، كان يثير الناس عليه -عليه الصلاة والسلام- وأصحابه (ر: طبقات ابن سعد ٤٤/٥، وتاريخ الطبري ٤٧٩/١ وما بعدها، ودائرة المعارف الإسلامية ٣٢٢/١، ٣٢٣، والأعلام للزركلي ٨٧/٥).

[٢] - في (ن): "الهذف" وفي (م): "الهدف".

[٣] - كذا في الهندية (٣٢٢/٥، دار الفكر) قالوا: "التوسد بالكتاب الذي فيه الأخبار لا يجوز إلا على نية الحفظ له، ووضع المصحف تحت رأسه في السفر للحفظ لا بأس به وبغير الحفظ يكره".

[٤] - وفي (م): "إن عزم".

١٦٩- رجل تمنى الموت لخوف المعصية لا بأس به، ولو تمنى لضيق العيش، أو عداوة عدو أو غيره لا يجوز.

١٧٠- ولو مرض ولم يعالج حتى مات لا يأثم، بخلاف الجائع إذا لم يأكل حتى مات بالجوع يأثم، وكذا أكل الميتة حالة المخمصة والإكراه، لأن الأكل واجب عليه قدر ما يعيش ولا يموت فرض، ولأن الأكل يدفع الجوع لا محالة {لقوله تعالى: ﴿فمن اضطر في مخمصة﴾}[١] وقوله تعالى: ﴿فمن اضطر غير باغ ولا عادٍ﴾[٢]، وأما الشفاء في التداوي والمعالجة موهوم[٣].

وعن هشام رحمه الله لا بأس بقطع اليد من الآكلة، وشق البطن

---

[١] - المائدة:٣. وفي (م): هذه الآية ساقطة.

[٢] - البقرة: ١٧٣.

[٣] - وفي الهندية (٣٥٥/٥، دار الفكر): "اعلم بأن الأسباب المزيلة للضرر تنقسم إلى مقطوع به كالماء المزيل لضرر العطش والخبز المزيل لضرر الجوع وإلى مظنون كالفصد والحجامة وشرب المسهل وسائر أبواب الطب أعني معالجة البرودة بالحرارة ومعالجة الحرارة بالبرودة وهي الأسباب الظاهرة في الطب وإلى موهوم كالكي والرقية. أما المقطوع به فليس تركه من التوكل بل تركه حرام عند خوف الموت، وأما الموهوم فشرط التوكل تركه إذ به وصف رسول الله صلى الله عليه وسلم وآله المتوكلين، وأما الدرجة المتوسطة وهي المظنونة كالمداواة بالأسباب الظاهرة عند الأطباء ففعله ليس مناقضاً للتوكل بخلاف الموهوم وتركه ليس محظوراً بخلاف المقطوع به بل قد يكون أفضل من فعله في بعض الأحوال وفي حق بعض الأشخاص فهو على درجة بين الدرجتين".

والمثانة، وما يجري مجراه، إذا خشي التلف إن لم يفعل ذلك. مريض قيل: قد ينجو منه وقد يموت، أو قيل: ينجو ولا يموت، يعالج، وإن قيل: لا ينجو أصلا، يجوز ترك المعالجة.

١٧١- إمرأة ماتت وفي بطنها ولد يضطرب، قال محمد رحمه الله: يشق من الجانب الأيسر، والله تعالى خلق حواء من آدم من ضلعه الأيسر، وحكي أن في زمن أبي حنيفة فعلوا كذلك بأمره، فعاش الولد، وصيانة الولد عن الهلاك واجب.

١٧٢- أما إذا ابتلع رجل درة رجل ثم مات، ولم يترك مالا، لا يشق بطنه لأن حرمة المال أدون من حرمة الآدمي، وحرمة الحي أقوى من حرمة الميت.

١٧٣- وعن سفيان[١] رحمه الله أنها تترك حتى يسكن الولد[٢]،

---

[١] - هو سفيان بن سعيد بن مسروق بن حبيب الثورى من بني ثور بن عبد مناة من مضر، أبو عبد الله، أمير المؤمنين في الحديث المولود (٩٧هـ/٧١٦م) في الكوفة، والمتوفى (١٦١هـ/ ٧٧٨م) في البصرة، روى عن الأعمش وغيره، وعنه شعبة والأوزاعي وآخرون، وثقه غير واحد من المبرزين، له من الكتب: الجامع الكبير والجامع الصغير في الحديث، وكتاب في الفرائض (ر: تذكرة الحفاظ ٢٠٣/١ - ٢٠٧، وتهذيب التهذيب ١١١/٤ - ١١٥، وخلاصة تهذيب الكمال ص: ١٤٥، وتهذيب الأسماء واللغات ٢٢٢/١، ٢٢٣، ومناقب الامام سفيان الثوري لابن الجوزي، والأعلام للزركلي ١٠٤/٣، ١٠٥).

[٢] - وقد نقل عكسه عن الثوري أيضاً بأنه يجيز شق بطن المرأة الميتة لإخراج جنينها إذا كانت ترجى حياته بعد إخراجه، فقد قال: يقولون: إذا ماتت الحبلى

وحكي أن امرأة ماتت، وكان الولد يتحرك في بطنها، فلم يشق، ودفنت كما كانت، ثم رؤيت في المنام تقول: ولدت، ولا تنبشوا[١] قبري، لأن الظاهر ولدت ميتا.

١٧٤- صبي جاء معترضا وقت الولادة، أو جاءت[٢] رجله، إن تحقق موته يجوز قطع أطرافه.

١٧٥- الحبلى لا تفتصد إذا قال أهل الطب إنه يضر بالولد، وكذا الحجامة والعلق[٣].

١٧٦- كافر أسلم وهو شيخ، قال أهل البصر والنظر: وهو لا يطيق الختان يترك، لأن الواجبات تترك بالأعذار، والسنن أولى أن تترك بالعذر، وكذا المسلم الذي لم يختن حالة الصغر ثم كبر.

١٧٧- ثقب[٤] أذن البنت الصغيرة يجوز استحساناً للحاجة[٥]، ولا

فرجي أن يعيش ما في بطنها، شق بطنها، قال: بلغنا أنه فعل ذلك فعاش ولدها (موسوعة فقه سفيان الثوري ص: ٣١٣).

[١] - في (ن،ع):" لا تبشرا".

[٢] - في النسخ الثلاث: "جاء".

[٣] - أي أرادت المرأة إلقاء العلق على الظهر لأجل الدم تسأل أهل الطب فإن قالوا يضر بالحمل لا تفعل (الهندية: الكراهية ب، ١٨ في التداوي ٣٥٥/٥).

[٤] - وفي (م): "نقب".

[٥] - وفي الهندية (٣٥٧/٥ في الختان): "ولا بأس بثقب آذان الأطفال من البنات لأنهم كانوا يفعلون ذلك في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم من غير إنكار".

بأس بالحقنة، لأن التداوي مباح، ولم يفصل في الكتاب[1] بين الرجال والنساء، إلا أنه لا يستعمل المحرم فيها كالخمر وغيرها، لأن التداوي بالحرام حرام، وكذا إذا صب في القبل والدبر، ولا ينقض به الوضوء، إلا أن يخرج منه شيء بعد وصوله إلى جوفه.

١٧٨- وليس للختان وقت معلوم، قال الفقيه أبو الليث رحمه الله[2]: والمستحب عندي وقت مابين سبع سنين إلى العشرة[3].

١٧٩- ولو ولد مختونا لا يقطع منه، إلا إذا بقي شيء يواري الحشفة، يقطع ما فضل، وكذا لو قطع الختان نصف الجلدة أو أقلها يقطع ما بقي، وللأب والجد أن يختن ولده الصغير.

١٨٠- والتداوي بلبن الأتان لا بأس به، وفيه نظر، لأن لبن الأتان

---

[1] - لم أعثر على مراد المؤلف بهذا الكتاب؟ إلا أني أظن أنه كتاب الأصل للإمام محمد.

[2] - هو نصر بن محمد بن أحمد بن إبراهيم أبو الليث السمرقندي، المعروف بإمام الهدى، الملقب بالفقيه، المتوفى (٣٩٣هـ / ١٠٠٣م) فقيه، محدث، حافظ، صوفي، يروي عن محمد بن الفضل البخاري وجماعة، وعنه أبو بكر محمد بن عبد الرحمن الترمذي وغيره، تفقه على أبي جعفر الهندواني، له تصانيف نفيسة كثيرة، منها تفسير القرآن، وخزانة الفقة، والنوازل، وشرح الجامع الصغير، وبستان العارفين (ر: سير أعلام النبلاء ٣٢٢/١٦، ٣٢٣، وتاج التراجم ص: ٣١٠، والجواهر المضية ٢٢٥/٣، ومعجم المؤلفين ٩١/١٣، والأعلام للزركلي ٢٧/٨).

[3] - في السراجية: إلى اثنتي عشرة سنة، هو المختار (باب الوليمة والختان: ص: ٧٥).

حرام، مع أنه طاهر.

١٨١- والاستشفاء من المحرم حرام كالخمر، ولا يحل لمسلم أن يحمل الخمر إلى الخل، ولكنه يحمل الخل إلى الخمر كما تحمل الهرة إلى الجيفة.

١٨٢- مسلم آجر نفسه ليحمل خمر الذمي يكره[١]، ولو آجر نفسه ليعمل في الكنيسة لا بأس به[٢].

١٨٣- ولا بأس بعيادة اليهود والنصارى إذا كانوا في جواره، لأنه نوع برّ في حقهم، وكذا لا بأس بأكل طعامهم والمعاملة معهم وحضور ماتمهم ولكن لا يتبع جنازته.

١٨٤- ولا بأس بقبول هدية العبد التاجر، وإجابة دعوته، واستعارة دابته استحساناً[٣]، ولا يقبل الدراهم والدنانير والثوب منه.

١٨٥- ولا بأس بكي البهائم وإخصائها وإخصاء الهرة، لأن فيه منفعة، ويكره استخدام الخصيان[٤].

---

[١] - هذا على قول الصاحبين، وأما عند الإمام أبي حنيفة فلا بأس به كما مر تفصيله.

[٢] - هذ على قول الإمام، و ينبغي أن يكره على قول الصاحبين.

[٣] - لأن النبي صلى الله عليه وسلم قبل هدية سلمان حين كان عبداً، وقبل هدية بريرة وكانت مكاتبة، ولأن في هذه الأشياء ضرورة، ولا يجد التاجر بداً منها ولا ضرورة في الكسوة وإهداء الدراهم فبقي على أصل القياس (رد المحتار مع الدر المختار ٥٦٤/٩، كتاب الحظر والإباحة فصل في البيع، الهداية مع تكملة فتح القدير ٧٨/١٠، دار الكتب العلمية).

[٤] - الخصيان: مثنى من الخصي بالضم والكسر، من أعضاء التناسل (ر: القاموس المحيط: ١٦٥١).

١٨٦- ويكره أن يجعل الرجل في عنق عبده الغل، وهو طوق من حديد، وهو حرام، وهو عقوبة أهل النار كالإحراق بالنار، ولا يكره القيد تحرزا عن الإباق وصيانة عن الضياع.

١٨٧- رجل أخذ ثوب غيره، وترك مكانه ثوب نفسه، لايسعه أن ينتفع به، وطريقه التصدق على الفقراء، وكذلك إذا أخذ نعلــه وتــرك مكانه نعل نفسه.

١٨٨- رجل مات وترك مالا، ولم يعلم ابنه من أين حصل أبوه، يحل له، وإن علم أنه حصل من كسب خبيث، كبيــع البــاذق[١]، وأخــذ الرشوة و الظلم، إن علم صاحبه يرد عليه، وإلا يتصدق بنية خصم أبيه، والتورع له من هذا المال أولى، وأما ما أخذ بالغناء والنياحة، فالأمر فيه أيسر من الأول، لأن صاحب المال أعطاه برضاه من غير شرط، ولكنه حصل بسبب خبيث[٢].

١٨٩- رجل مات وعليه دين قد نسيه، قيل: إن كان من التجارة نرجو أن لا يؤاخذ الله تعالى به، وإن كان من غصب يؤاخذ به، وإن كان يعلم[٣] ابنه به، فعليه أن يؤديه إلى صاحبه، وإن نسيه هو أيضاً حتى مات الغاصب لا يواخذ به.

١٩٠- رجل له على آخر دين، وهو لا يقدر على استيفائه،

---

١ - في (ن،ع): "البادق"، والصحيح ما كتبناه، فالباذق بكسر الذال وفتحه: الخمــر الأحمر. (لسان العرب ١٠/١٤).

٢ - كذا في الدر المختار (٥٥٣/٩ كتاب الحظر والإباحة) والسراجية (ص:٧٦).

٣ - في (ن،ع): "لا يعلم".

فإبراءه عنه خير من تركه عليه، لأن في الإبراء تخليص المسلم من مذلة الدنيا وعذاب الآخرة، وكان له ثواب.

١٩١- رجل له خصم، فمات خصمه ولا وارث له، يتصدق عن صاحب الحق مقدار حقه، حتى يكون وديعة عند الله، فيوصله إلى خصمه يوم القيامة، لأن إيصال الحق إلى المستحق واجب بقدر الإمكان، فإذا تعذر إيصال عينه يجب إيصال عوضه وهو الثواب عليه.

١٩٢- من عليه الحق إذا استحل فأخذ من له الحق وهو لا يعلم قدره، ينظر إن كان كثيراً بحيث لو علمه لا يحله، لا يبرأ بإحلاله، وإن كان قليلا يبرأ، ولو قال: لا أخاصمك، فليس بشيء، ولو قال: أبرأتك من مالي عليك، ولا يعلم ما عليه، يبرأ من الكل قضاءً، وأما ديانة لا يبرأ إلا بقدر ما يتوهم أن له عليه.

١٩٣- رجل قال: إذا تناول فلان من مالي فهو حلال له، فتناول فلان من غير علمه بإباحته يحل له، ولا ضمان عليه، ولا يشترط علم الإباحة، وإن قال: كل إنسان تناول من مالي فهو له حلال، قال محمد بن سلمة[١]: لا يحل، لأنه إبراء، والإبراء عن المجهول لا يصح، وقال أبومنصور[٢]: هو جائز، لأنه أباحه، وإباحة المجهول يصح، ولو قال:

[١] - هو أبو عبد الله بن سلمة الفقيه البلخي، ولد سنة ١٩٢هـ وتفقه على شداد بن حكم، ثم على أبي سليمان الجوزجاني، ومات سنة ٢٧٨هـ، وهو ابن سبع وثمانين سنة (ر: الجواهر المضية في طبقات الحنفية:٢/ ٣٥٣، والفوائد البهية في تراجم الحنفية: ١٦٨).

[٢] - هو محمد بن عبد الجبار بن أحمد السمعاني، التميمي، المروزي، القاضي،

أبرأتك عما تأكل من مالي، ينبغي أن لا[1] يصح، لأنه إبراء عما يلزمه بالتناول فيكون إبراء عن دين يجب، لا عن دين وجب عليه.

١٩٤- الخضاب للرجل بالحنا يجوز للتداوي، ولا يجوز للزينة، ولا يختضب يد الصغير ورجله، لأنه زينة، فيحل للنساء دون الرجال، ولا يجوز للرجل أن يسود لحيته إلا حالة الغزو، أو يكون صاحب نساء وجواري، إذا طلبن منه ذلك[2].

١٩٥- ولا بأس بالاكتحال للرجل يوم عاشوراء لورود الأثر فيه،[3]

المتوفى سنة خمسين وأربع مائة، والسمعاني نسبة إلى سمعان بطن من تميم، كان إماما متقنا في العربية، وفاضلا ورعا، وصاحب تصانيف مفيدة قيمة، أخذ الفقه عن جعفر بن محمد المستغفري، ويعتبر من رؤساء الحنفية (الجواهر المضية ٣/ ٣٥٢، والفوائد البهية في تراجم الحنفية: ١٧٣).

[1] - في (ن،ع): "لا" ساقط.

[2] - قال ابن عابدين رحمه الله: أما الخضاب بالسواد للغزو ليكون أهيب في عين العدو فهو محمود بالاتفاق، وإن ليزين نفسه للنساء فمكروه، وعليه عامة المشايخ وبعضهم جوزه بلا كراهة (رد المحتار ٦٠٤/٩ كتاب الحظر والإباحة، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان).

[3] - رواه الحاكم والبيهقي في شعب الإيمان، والديلمي عن ابن عباس مرفوعاً: "من اكتحل بالاثمد يوم عاشوراء، لم ترمد عينه أبداً". قال الحاكم: إنه منكر، وقال السخاوي: قلت: بل موضوع، أورده ابن الجوزي في الموضوعات من هذا الوجه (المقاصد الحسنة ص: ٦٣٣) ورواه البخاري في تاريخه عن أبي هريرة، وفي إسناده إسماعيل بن معمر بن قيس، قال عنه في الميزان: ليس ثقة، (الفوائد المجموعة للشوكاني ص: ٩٨).

وإذا قصد به إحياء السنة والتداوي دون الزينة.

١٩٦- ولا بأس بأن يسجد على خرقة، ولا بأس بخرقة البيت وتجصيصه إذا كان من الحلال، وأن لا يظلم على أحد، أما نقش المسجد بماء الذهب، والجص، والساج لا بأس به، والتصدق على الفقير خير منه[١]، وقيل: هو قربة حسنة، وقيل: يكره، والصحيح أنه لا يكره ولا يستحب، وعليه الفتوى، أما التجصيص[٢] فحسن، لأنه يحكم البناء، هذا إذا فعل من مال نفسه، ولا يستحسن من مال الوقف لما فيه من تضييع المال، حتى لو فعل المتولي يضمن.

١٩٧- رجل مر بقارئ القرآن لا يسلم عليه، وإن سلم فعليه رده[٣]، ولا بأس بالسلام على العجائز، وكذا التشميت[٤] إذا عطست، ولا يسلم على الشابة[٥]، لا بأس برد السلام على أهل الذمة، ولا يزيد في جوابه على "عليكم"، فإن كان له حاجة فلا بأس بالسلام عليهم، ولا بأس بعيادتهم، لأنه نوع بر في حقهم. رجل سلم على آخر، فعليه أن يرده قدرما يسمعه[٦]،

---

[١] - وهو الأفضل، كذا في السراجية، وعليه الفتوى (الهندية، الباب الخامس ٣١٩/٥).

[٢] - وفي (ن،ع): "التجصص".

[٣] - وهو المختار (ر: الغياثية: ١٠٧، والبزازية بهامش الهندية: الكراهية، نوع في السلام ٣٥٥/٦).

[٤] - وفي (م): "وكذا الشمت".

[٥] - وفي (م): "على الشبابة".

[٦] - وفي (ن،ع): "يسعه".

ويسلم الراكب على الراجل، والماشي على القاعد، والصغير على الكبير، ولو سلم على جماعة يكفيه رد واحد منهم، ولو سلم على شخص معين منهم، لا يسقط برد غيره.

١٩٨- لا بأس بإلقاء الفليق[١] عند الشمس، ليموت الدود للحاجة.

١٩٩- النملة إذا ابتدأت بالأذى فلا بأس بقتلها[٢]، ويكره إلقاءها في الماء[٣]. قتل[٤] الجراد يجوز لأنه صيد، لا سيما إذا كان فيه ضرر للناس.

٢٠٠- إحراق القمل وغيره مكروه للنهي[٥].

٢٠١- إذا كثر الكلاب في قرية يتضرر الناس بها أمر أربابها بقتلها، وإن امتنعوا رفع الأمر إلى الحاكم[٦].

٢٠٢- رجل له كلب عقور يعض كل من يمر عليه فلأهل المحلة أن يقتلوه، وإذا عض رجلا هل يجب الضمان على صاحبه؟ قيل: إن

---

[١] - وفي النسخ الثلاث: "الفيلق" والصواب ما كتبناه، الفليق: بالضم والتشديد: ضرب من الخوخ يتفلق عن نواه كما في الصحاح (١٥٤٥/٤).

[٢] - ولا يكره، وهو المختار(ر: الغياثية ص/ ١٠٩).

[٣] - اتفقوا عليه (المصدر السابق).

[٤] - وفي (ن،ع):" مثل الجراد".

[٥] - روى أبوداود عن محمد بن حمزة الأسلمي عن أبيه أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم- قال: إن وجدتم فلانا فاقتلوه ولا تحرقوه فإنه لا يعذبه بالنار إلا رب النار (الجهاد، باب كراهية حرق العدو بالنار ٣٦٣/٣).

[٦] - في (م): "إلى القاضي".

شهدوا[1] عليه يجب[2]، وإلا فلا، مثل الحائط المائل، وفيه نظر.

٢٠٣- الهرة إذا كانت موذية تذبح بالسكين الحاد[3].

٢٠٤- رجل أقر عند رجل بقتل أبيه، أو رآه أنه قتل أباه عمداً بالسلاح، فله أن يقتله قصاصاً لأبيه إذا ظفر به، وإن شهد شاهدان أنه قتل أباه عمداً لا يجوز أن يقتله حتى يحكم به الحاكم[4].

٢٠٥- رجل رأى رجلا مع إمرأته، إن زنى بها يباح قتله[5]، وإن كانت المرأة مطاوعة يجوز قتلها أيضاً.

٢٠٦- المستقرض إذا أهدى للمقرض شيئا، فالأفضل أن لا يقبل هديته، وحكي أن أبا حنيفة تحرز عن الاستظلال بجدار غريمه.

---

[1] - وفي (م): "إن أشهدوا".

[2] - أي إن تقدموا إلى صاحب الكلب العقور وأعلموه قبل العض، وإلا فلا ضمان لأن فعله هدر، كما في الحائط المائل، قال الصدر الشهيد: وفيه نظر (ر: الغياثية ص: ١١٠ وانظر أيضاً: الهندية ٥/٣٦٠).

[3] - ولا تضرب (المصدر السابق).

[4] - لأن الشهادة لا توجب الحق ما لم يتصل بها قضاء القاضي (الهندية ٥/٣١٤ في الرجل يقتل أباه).

[5] - فيه تفصيل جاء في الذخيرة: وسئل الفقيه أبو جعفر عن رجل وجد رجلا مع إمرأته، يحل له قتله؟ قال: إن كان يعلم أنه ينزجر عن الزنا بالصياح، أو بالضرب بما دون السلاح، فإنه لا يقتله، ولايقاتل معه بالسلاح، وإن علم أنه لاينزجر إلا بالقتل والمقاتلة معه بالسلاح، حل له القتل (الهندية، الباب الثاني في العمل بغالب الرأي من الكراهية ٥/٣١٣).

قال ابن المبارك:[1] إذا سأل السائل لوجه الله يعجبني أن لا يعطيه شيئا، لأنه عظم ما حقر الله تعالى، وكذا إذا قال: بحق الله تعالى.

٢٠٧- ويكره أن يقول في دعائه: بحق فلان أو بحق أنبياءك أو رسلك، لأنه لا حق[2] للمخلوق على الخالق. ولا تحل التعظيمات[3] المرسومة بين الناس بأسباب مختلفة.

٢٠٨- ولابأس بجمع السرقين والشوك والحشيش في أرض الغير أو في الخان، ولصاحب الأرض أن يمنعه عن دخول أرضه.

٢٠٩- ولا بأس برش الماء في الطريق ليسكن الغبار، ولا تحل الزيادة، ويجوز أخذ الطين من الطريق يوم الردغة[4]، إذا لم يضر به أحد.

٢١٠- طريق واسع فبنى أهل المحلة مسجداً فيه للعامة، إن كان لا يضر بالطريق لا بأس به.

---

[1] - هو عبد الله بن المبارك بن واضح الحنظلي بالولاء، التميمي المروزي، أبوعبد الرحمن، التركي الأب الخوازمي، المولود (١١٨ هـ/٧٣٦ م) والمتوفى (١٨١هـ /٧٩٧م) روى عن يحيى بن سعيد الأنصاري وخلق كثير، وعنه الثوري وابن عيينة ومعمر وخلق كثير، وثقه غير واحد، كان حاجا ومجاهدا وتاجرا، وشاعرا وعابدا زاهدا، جمع الحديث والفقة والعربية وأيام الناس والشجاعة والسخاء، هو أول من صنف كتابا في الجهاد (ر: طبقات ابن سعد٧/٧٢، وتذكرة الحفاظ١/٢٧٤ - ٢٧٩، التهذيب ٥/٣٨٢، ٣٨٣، والكامل لابن عدي١/ ١١٢- ١١٦، والأعلام للزركلي٤/١١٥).

[2] - لفظ "حق" ساقط من (ن).

[3] - في (م): "التعزيمات".

[4] - الردغة: أي الوحل الكثير.

وليس للرجل أن يمر في أرض الغير إلا بالضرورة، ويجوز المرور في الطريق المحدث إذا لم يعلم أنه غصب.

٢١١- ويجوز قص الشارب والأظفار أيّ وقت طال، ولم يؤقت بوقت[١]، وقص الشارب سنة، ويقصه حتى يوازي[٢] شفته العليا، وحلقه بدعة عند البعض، لأنه مخالفة[٣] للسنة[٤]، وكذا حلق اللحية، وأما قصها أيضا سنة، وهو مازاد على قبضة، إلا إذا كانت لحيته طويلا. قيل: لا بأس بنتف الشيب[٥]، ونتف الإبط سنة وحلقها جائز.

---

[١] - ولكن يستحب يوم الجمعة كما في الدر المختار مع رد المحتار ٥٨٠/٩، كتاب الحظر والإباحة، وفي الهندية (٣٥٧/٥): الأفضل أن يقلم أظفاره ويحفى شاربه ويحلق عانته وينظف بدنه بالاغتسال في كل أسبوع مرة فإن لم يفعل ففي كل خمسة عشر يوماً ولا يعذر في تركه وراء الأربعين ويستحق الوعيد.

[٢] - وفي (م): "حتى تتوارى شفته العليا".

[٣] - وفي (م): "مخالفة" ساقط.

[٤] - في الهداية: قال: والحلق سنة، وهو أحسن من القص، وهذا قول أبي حنيفة وصاحبيه، كذا في محيط السرخسي (٣٥٨/٥).

[٥] - ينافيه حديث حسن رواه الترمذي (أبواب الأدب، باب ماجاء في النهي عن نتف الشيب١٠٩/٢) وأبوداود، (الترجل، باب نتف الشيب٥٧٨/٢) عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي -ﷺ- " نهى عن نتف الشيب، وقال: إنه نور المسلم" واللفظ للترمذي، وقال: هذا حديث حسن، والتوفيق يمكن بأن يحمل الحديث على نتف الشيب بقصد التزين، كما قيد جواز نتفه في البزازية بأن لا يكون على وجه التزين (البزازية بهامش الهندية ٣١٨/٦).

٢١٢- وحلق الرأس جائز، والقزع[١] منهي. امرأة حلقت رأسها لوجع أصابها، لا بأس به، وإلا فهو مكروه.

٢١٣- ويجوز التقاط السنابل بعد الحصاد، كأخذ ثوب خلق مرمي، لوجود الإذن دلالة برميه وتركه، ولكن ملك المالك لا يبطل بالرمي والاباحة حتى يجوز أخذه له منه بعد الالتقاط، لأنه عين ماله، وإذا أخذه الغير فهو له، يجوز أن يأكله، ويجوز أن يملك غيره، بخلاف إباحة الطعام حيث لا يملك غيره، وكذا قشور البطيخ والرمان ونواة الخوخ[٢] والمشمش[٣] إذا كان متفرقا، لما مرفي كتاب اللقطة، وكذا بقية الجوز والبطيخ بعد أخذ صاحبه.

٢١٤- وما يجتمع الدهن في قصعة الدهان، وما يسيل من خارج الآنية[٤] فهو للدهان، وما يسيل من داخله، إن زاد للمشتري شيئاً لأجله فهو له أيضاً، وإلا هو بمنزلة اللقطة، إن جاء صاحبه أو لقيه أعطاه، وإلا يتصدق به.

٢١٥- ولا بأس للمرأة أن تتصدق من منزل زوجها بالشيء

---

[١] - القزع: وهو أن يحلق البعض ويترك البعض مقدار ثلاثة أصابع، كذا في الغرائب (نفس المصدر).

[٢] - الخوخ: واحدة خوخة، أي ثمرة تؤكل (ر: تاج العروس ٢/ ٢٥٦).

[٣] - المشمش، كزبرج وهو لغة أهل البصرة، ويفتح وهي لغة أهل الكوفة: ثمر معروف، وهو "الزردالو" بالفارسية، قالوا: قلما يوجد شيء أشد تبريدا للمعدة منه (ر: القاموس المحيط: ٧٨٢، وتاج العروس ٤/٣٥٠).

[٤] - في النسخ الثلاث: "الأونية".

اليسير، كالرغيف ونحوه، لأن ذلك غير ممنوع في العادة.

٢١٦- رجل سيّب دابته فأخذها إنسان وأصلحها فلا سبيل للمالك عليها إذا قال عند السيب: هي لمن أخذها، وإن قال: لا حاجة لي فيها، فله أن يأخذها من يده، والقول قوله مع يمينه.

٢١٧- ولا يأخذ الحمامة الأهلية ولا الغريبة ولا فرخها، لأن الغريبة يحتمل أن يكون في يد آخر فخلص من يده وملكه باق فيه، وهي بمنزلة اللقطة، يعرفها ويرد إلى صاحبها، وكذا لو أخذ ظبيا وفي عنقها قلادة يعرّفها.

٢١٨- حمام دخل في بيته، إن رد الباب فهو له، لأنه أحرزه فملكه، هذا إذا لم يكن له مالك. إذا اتخذ برج الحمام في قرية ينبغي أن يحفظها ويعلفها ولا يتركها بغير علف[١] حتى لا يتضرر الناس به.

٢١٩- أعظم الذنب من قبول قول الساعي، ولا ضمان على الساعي قياسا بما تلف بسعيه ولكنه يأثم، وفي الاستحسان يضمن. والعبد يضمن بعد العتاق[٢]، لأنه إتلاف قولي، وكذا إذا دل السارق على المال لا يضمن، لكنه يأثم، لأنه صاحب سبب، والسارق مباشر فيه، بخلاف ما إذا دل المودع السارق على الوديعة حيث يضمن، لأنه التزم حفظه.

٢٢٠- ولو غصب أرضا، فزرعها ليس له أن يأكل من الغلة شيئا[٣] إلا مقدار بذره، ويتصدق بالباقي، ولو غرس في أرض الغير،

---

[١] – في (ن،ع): "يخفها ويعليها".

[٣] – في (ن،ع): "الإعتاق".

[٣] – في (ن،ع):"شيئا" ساقط.

فثمرتها للغارس، ولكن لا يطيب، ولو كانت[١] أرض الحوزة[٢] كروما وأشجارا، إن كان يعرف أربابها لا يطيب لأحد، وإن لم يعرف فهو بمنزلة أرض لبيت المال، يتصدق بها السلطان بما حصل منها، ونصيب الأكرة[٣] يطيب لهم، وهذا طريق الفتوى، وأما الاحتياط أن لا يأكل أيضاً، وإن كان أرضا فنصيب الأكرة يطيب أيضا لهم إذا أخذوا مزارعة أو إجارة.

٢٢١- ومن غصب أرضاً فبنى مسجداً لا بأس بأن يصلي فيه، ولو غصب دارا فجعله مسجداً، لا يجوز لأحد أن يصلي فيه.

٢٢٢- أرض للسلطان فأسكن رجل إمرأة، ليس لها أن تمتنع من السكنى، وإنما الإثم عليه.

٢٢٣- وعن محمد أن إمرأة سبيت بالمشرق، وجب على أهل المغرب أن يستنقذوها.

٢٢٤- ولا بأس بالرتم {وهو من عادة العرب[٤]} وهو شد الخيط في أصبعه للتذكر.

٢٢٥- تكره الإشارة عند رؤية الهلال كما فعله أهل الجاهلية.

---

[١] - في النسخ الثلاث" كان".

[٢] - الحوز بسكون الواو: الموضع الذى أقيم حوله حاجز، أرض الحوز: ماضم لبيت المال من الأراضي، سواء كان مما غنمه المسلمون من الكافرين، أم مما مات عنه مالكوه وليس لهم وارث (معجم لغة الفقهاء ص: ١٨٨).

[٣] - في (ن،ع): "الاكراه".

[٤] - ما بين القوسين ساقط في (م).

٢٢٦- رجل مات، وأمر وارثه أن يقرأ القرآن على قبره، الصحيح أنه غير مكروه،[١] والمأخوذ قول محمد فيه.

٢٢٧- رجل سمى ابنه الصغير بأبي بكر وأبي عمر فالصحيح أنه لا بأس به، ولا هو كذب، لأن الناس يسمونه تفاؤلا.

٢٢٨- لا يحل أن يلعن أهل القبلة ولهذا قالوا: لا يلعن على يزيد[٢] بعد موته، وينبغي أن يعود لسانه بالخير لا بالشر.

٢٢٩- المسابقة في الفرس والقدم والرمي تجوز للتجربة

---

[١] - في الهندية:" الأصح أن لا يكره، وهو قول محمد رحمه الله، كذا في المضمرات" (الكراهية، ب ١٦ في زيارة القبور وقرأة القرآن في المقابر:٥/٣٥٠).

[٢] - هو يزيد بن معاوية بن أبي سفيان الأموي، ثاني ملوك الدولة الأموية في الشام، ولد بالماطرون سنة ٢٥ هـ الموافق ٦٤٥ م، ونشاء بدمشق، و لي الخلافة بعد وفاة أبيه سنة ٦٠ هـ، وقد وقعت في عهده حوادث فاجعة، قتل فيها كثير من الصحابة وأبناؤهم وخيار التابعين، وفي جانب آخر زيدت الفتوحات الإسلامية من المغرب الأقصى، وبخارى، وخوارزم، وكانت مدة خلافته ثلاث سنين وتسعة أشهر إلا أياما، وتوفي بحوارين من أرض حمص سنة ٦٤هـ الموافق ٦٨٣م(ر: سؤال في يزيد بن معاوية لابن تيمية، والطبري: حوادث سنة ٦٤، وتاريخ الخميس: ٢/ ٣٠٠، ومنهاج السنة ٢/ ٢٣٨، ٢٥٤، وابن الأثير:٤/ ٤٩، ومختصر تاريخ العرب٧١- ٧٦، واليعقوبي ٢/ ٢١٥، وجمهرة الأنساب ص/ ١٠٣، والقلائد الجوهرية ص/ ٢٦٢، والوسائل إلى مسامرة الأوائل ٣٣، ٣٤، والأعلام للزركلي ٨/ ١٨٩.

والرياضة، لقوله عليه السلام:" لا سبق إلا في خف أو نصل أو حافر"[1] ويراد به الإبل والرمي والفرس عندنا، وكذا المصارعة. والمسابقة على وجوه: إن شرطا إن سبق أخذ المال، وإن سُبق أخذ منه، فهذا هو عين القمار[2] لا يجوز، وإن شرطا إن سبق أيهما أعطاه الآخر[3] مالا، يجوز، وإن شرطا إن سبق أخذ المال من الآخر، وإن سُبِق لم يأخذه يجوز أيضاً[4]، وإن شرط الإطعام لأصحابه ما أخذه فالشرط باطل، والمأخوذ

---

[1] – رواه أحمد في مسنده عن أبي هريرة(مسند أحمد ٢/ ٤٨٤)، والنسائي (الخيل والسبق، باب السبق ٣/١٣٥)، وأبو داود (الجهاد، باب السبق ١/ ٣٤٨)، والترمذي (الجهاد، باب في الرهان ١/ ٢٩٩) في سننهم باختلاف يسير في ترتيب الكلمات.

[2] – القمار من القمر الذي يزداد تارة وينقص أخرى، وسمي القمار قماراً لأن كل واحد من المقامرين ممن يجوز أن يذهب ماله إلى صاحبه، ويجوز أن يستفيد مال صاحبه وهو حرام بالنص، ولا كذلك إذا شرط من جانب واحد، لأن الزيادة والنقصان لا تمكن فيهما، بل في أحدهما تمكن الزيادة وفي الآخر الانتقاص فقط فلا تكون مقامرة لأنها مفاعلة منه (رد المحتار ٥٧٧/٩، ٥٧٨، كتاب الحظر والإباحة فصل في البيع).

[3] – في (م): "أعطاه الآخر له مالاً".

[4] – وفي الهندية: "يجوز السباق إن كان البدل معلوماً في جانب واحد بأن قال: إن سبقتني فلك كذا وإن سبقتك لا شيء لي عليك أو على القلب أما إذا كان البدل من الجانبين فهو قمار حرام إلا إذا أدخلا محللا بينهما فقال: كل واحد منهما إن سبقتني فلك كذا، وإن سبقتك فلي كذا وإن سبق الثالث لا شيء له" (انظر للتفصيل الهندية ٣٢٤/٥ في المسابقة، والدر المختار مع رد المحتار ٥٧٧/٩، كتاب الحظر والإباحة فصل في اليوم).

له، وإن أخرج أحدهما دينارا وقال: إن سبقتني فهو لك، وإن سبقتك فهو لي يجوز أيضاً.

قال شمس الأئمة السرخسي[١] رحمه الله: على هذا ما يجري بين الفقهاء من المناظرة والبحث في المسائل يفتى[٢] بالجواز إذا لم يكن قمارا لمصلحة الترغيب في البحث وتحصيل العلم.

٢٣٠- كتب فيها اسم الله تعالى، أو مصحف قد استغنى عنها، يلقى في الماء الجاري، أو يلف في خرقة نظيفة، ويدفن في أرض طاهرة، ولا يحرق[٣]، ولو غسل في الماء الجاري وأخذ القرطاس فهو أفضل.

٢٣١- ويكره اللعب بالشطرنج، والنرد، والأربعة عشر، وكل

---

١ - هو محمد بن أحمد بن أبي سهل، أبو بكر، شمس الأئمة السرخسي المتوفى (٤٩٠هـ) متكلم، فقيه، أصولي، مناظر، من طبقة المجتهدين في المسائل، تفقه على شمس الأئمة الحلواني، وعليه أبو بكر الحصيري، وأبو عمرو البيكندي صاحب الهداية. والسرخسي: نسبة إلى سرخس بفتح السين وسكون الراء وفتح الخاء المعجعة، بلدة قديمة من بلاد خراسان، وهي بين نيسابور ومرو، ومن آثاره: المبسوط، وشرح السير الكبير، وكتاب في أصول الفقه، وشرح مختصر الطحاوي.(تاج التراجم:ص ٢٣٤، ٢٣٥، ومعجم البلدان ١٥٨/٣، والجواهر المضية ٣٠٦/٢ - ٣٠٨، والفوائد البهية ص: ١٥٨، ومعجم المؤلفين ٢٣٩/٨).

٢ - في (ن،ع): "يعنى".

٣ - وإليه أشار الإمام محمد في السير الكبير، وقال في الذخيرة: وبه نأخذ (الهندية ٢٢٣/٥).

لهو، لأنه قمار[1]، وكل واحد منها حرام[2] بالنص، وحكي عن الشافعي رحمه الله أن اللعب بالشطرنج مباح، لما فيه من تشحيذ الخاطر[3]، ثم إن قامر تسقط عدالته، وإلا فلا.

والتسليم على من يلعب به لا بأس به عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما يكره.

---

[1] – لقول النبي صلى الله عليه وسلم: "ما ألهاك عن ذكر الله فهو ميسر"، قال الزيلعي في نصب الراية (٢٧٥/٤) غريب مرفوعاً، وقال ابن حجر في الدراية (٢٤٠/٢): "لم أره مرفوعاً".

[2] – لقوله تعالى: ﴿إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه﴾ (المائدة:٩٠)، وروي عن بريدة مرفوعاً: "من لعب بالنردشير فكأنما صبغ يده في لحم خنزير ودمه" (مسلم رقم الحديث: ٣٢٦٠، وأبوداود رقم الحديث: ٤٩٣٩) وروي عن علي رضي الله عنه: "الشطرنج هو ميسر الأعاجم" (مشكوة باب التصاوير، السنن الكبرى للبيهقي كتاب الشهادات وقال: هذا مرسل لكن له شواهد ٢١٢/١٠).

[3] – وفي (ن،ع): "تشحيذ الخاطر" ساقط.

فصل

٢٣٢- الظلم على الذمي أشد من الظلم على المسلم، لأنه من أهل النار، فلا يرجى منه العفو، ولهذا قالوا: إذا دخل المسلم دار الحرب تاجراً بأمان، لا ينبغي أن يغدر بهم، لأن الغدر حرام، فإن غدر بهم وأخذ منهم شيئاً يصير ملكا محظوراً، لورود الاستيلاء على مال مباح، إلا أنه حصل بسبب الغدر فيوجب خبثاً فيؤمر بالتصدق{ به[١]}، بخلاف الأسير حيث يباح له التعرض في مالهم، لأنه ليس بينه وبينهم عهد.

٢٣٣- مال الحربي مباح في دار الحرب، إذا أخذ المسلم بغير الغدر فهو له حلال.

٢٣٤- وإذا غلب الكفار على أموالنا، وأحرزوها بدارهم، ملكوها عندنا، لأنها زالت يد المالك عنها بالاستيلاء لزوال العصمة والمكنة، فصار كالمال المباح، فظهرت[٢] يدهم عليها فيملكون[٣] كما نملك[٤] أموالهم بالاستيلاء، لأن الاستيلاء سبب للملك كالشراء، والفعل إذا كان محظورا لغيره، لا يمنع السبب[٥]، و فعلهم محظور كفعلنا[٦]، ولهذا لا يضمنون

---

[١] - ما بين القوسين زدناه من الهداية.

[٢] - في (ن،ع): "فظهر".

[٣] - في (م): "فيملكون" ساقط.

[٤] - في (ن): "يملك".

[٥] - في (م): "السببية".

[٦] - في (م): "وفعلنا"مكان" كفعلنا".

بالإتلاف، كما لا نضمن[1]، أما إذا كانوا في دار الإسلام قال نصير في أيام بتركب حين أغاروا سمرقند: بيعوا منهم ولا تشتروا منهم، لأن الدراهم والدنانير لا يتعينان في العقود، لأن الدراهم بالدراهم استهلاك عند أبي حنيفة رحمه الله فيضمن، وأما العروض إن وجدها صاحبها قبل القسمة يأخذها، وإن وجدها بعد القسمة يأخذها منهم بالقيمة بالنص، ولا يملكون أحرارنا ومدبرينا ومكاتبينا وأمهات أولادنا[2]، ونحن نملك عليهم جميع ذلك، لأن السبب إنما يثبت بالحكم إذا كان المحل صالحا له[3] والمحل[4] المال المملوك المباح، والمالية ههنا بالرق، ولا رق علينا، وفي رق غيرنا من مدبرينا وأمهات أولادنا خلل، ولهذا تثبت حرمة البيع لانعقاد سبب الحرية من وجه، بخلاف رقاب الكفار، لأن الشرع أسقط عصمتهم بسبب كفرهم جزاء استنكافهم عن عبادة الله تعالى، وجعلهم أرقاء لنا.

٢٣٥- عبد مسلم أبق، ودخل دار الحرب فأخذوه، لم يملكوه عند أبي حنيفة رحمه الله لزوال يد المولى، بخروجه من دار الإسلام وظهور يده على نفسه، فلم يبق محلا للملك، لأن يده محترمة كيد المكاتب، فتدفع[5] يده يدهم من الاستيلاء عليه، بخلاف العبد المتردد في دار

---

[1] - في (ن،ع): "يضمن".

[2] - هذا عنده، وأما عندهما فيملكونه، والصحيح هو الأول (جامع الرموز ٥٤٨/٤)

[3] - في (ن،ع): "صالحه".

[4] - في (م): "المحل المال الملك المباح".

[5] - في (ن،ع): "فيدفع".

الإسلام، لقيام يد المولى حكما بقيام أهل الدار، وعندهما يملكونه[1]، لأن العصمة قد زالت، كما لو أخذوه من دار الإسلام، و إن ندّ بعير إليهم فأخذوه، ملكوه لتحقق الإستيلاء، إذ لا يد للعجماء[2].

٢٣٦- وإذا حاصر[3] العدو بلاد المسلمين، وطلبوا الموادعة منهم على مال يجوز دفع المال إليهم إذا خافوا منهم الهلاك، لأن دفع الهلاك عن النفس واجب.

٢٣٧- الوثني الذي يجحد الباري جلت قدرته، أو الذي يقر ويشرك، إذا قال: لا إله إلا الله، لا يحكم بإسلامه، لأن المشرك يقر بالله تعالى، حيث قال الله تعالى: ﴿ولئن سألتهم من خلقهم، ليقولن الله﴾[4]، ولكن ينكر وحدانية الله تعالى، حيث قال الله تعالى: ﴿إنهم كانوا إذا قيل لهم لا إله إلا الله يستكبرون﴾[5]، فإذا قال: لا إله إلا الله فقد أقر بما هو مخالف لاعتقاده، وكذا إذا قال: أشهد أن محمداً رسول الله، لأنه كل من يدعى إلهين منكر رسالة محمد -ﷺ-.

٢٣٨- وأما الذي أقر بالتوحيد ويجحد رسالة نبينا محمد -ﷺ- هم اليهود والنصارى، فهم يقرون بوحدانية الله تعالى، ويدعون صفة

---

[1] - والصحيح قول الإمام، كما في المضمرات (ر: جامع الرموز: /٥٤٨، كتاب الجهاد).

[2] - قوله: عجماء، أي البهيمة، وإنما سميت بها، لأنها لا تتكلم.

[3] - وفي النسخ الثلاث: "حصر" والصواب ما كتبناه.

[4] - الزخرف: ٨٧.

[5] - الصافات: ٣٥.

الإسلام، ويقولون: المسلم من ينقاد للحق ويزعمون أن الحق ما هم عليه، فإذا قالوا: لا إله إلا الله لا يحكم بإسلامهم مالم يقولوا: محمد رسول الله، ومنهم من أقروا بالتوحيد والرسالة لا يحكم بإسلامهم بالشهادتين مالم يتغيروا عما كانوا عليه، لأن منهم من يقول: هو نبي العرب لا نبي بني إسرائيل، ولو قال: لا إله إلا الله، و تبرأ من دينه لا يصير مسلما، لاحتمال أنه تبرأ من اليهودية، واعتقد النصرانية، أو على عكسه ما لم يقل: دخلت في دين الإسلام، أو في دين محمد عليه السلام، ومنهم من يقول: نبي الكافة، ولكن لم يبعث بعد، ولو قال [أحد][1] منهم: أسلمت، لا يحكم بإسلامه، [ولو قال: دخلت في الإسلام يحكم بإسلامه][2] لأنه يدل على دخول حادث.

٢٣٩- ولو قال المجوسي[3]: أسلمت، أو أنا مسلم، يحكم بإسلامه، لأنهم لا يدعون هذا الوصف لأنفسهم، ويعدون هذا شتمة[4].

٢٤٠- الكافر إذا صلى في جماعة المسلمين يحكم بإسلامه عندنا، وإذا صلى وحده لا يحكم بإسلامه، والله أعلم.

---

[1] - ما بين القوسين ساقط من النسخ الثلاث زدناه من فتاوى النوازل (ص:٣٠٣) تصحيحاً للعبارة.

[2] - ما بين القوسين زدناه من المصدر السابق.

[3] - في (ن،ع):" المجوسية".

[4] - وفي (م): "شيمة"، وهو قول الحلواني (البزازية على هامش الهندية ٣١٣/٧).

كتاب الغصب

٢٤١- الغصب في اللغة: هو أخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب والعدوان، سواء كان مالا أو غير مال، يقال: فلان غصب زوجة فلان وولده.

٢٤٢- وفي الشريعة: هو أخذ مال متقوم محترم جهرا على وجه يزيل به يد المالك، وهو اليد المحقة، أو يقصر[١] يده قصداً، ويثبت اليد المبطلة ضمانا[٢]، وهذا عندنا، حتى كانت زوائد الغصب كالولد واللبن أمانة عندنا، لاضمان عليه إن هلك في يده من غير تعد، لأنه لم يفوت يده منها، وقال الشافعي رحمه الله: هي مضمونة[٣]، لأنه وجد إثبات اليد

[١] - إن لم يكن في يده، كذا في المحيط (الهندية ١١٩/٥).

[٢] - ولو حكما كجحود الوديعة لما أخذه قبل أن يحوله، لأن الأصل في وجوب الضمان أن يوجد التعدي لا تحقق الغصب، وإن لم يوجد الأخذ ولا النقل ثم اختلف في أن إزالة اليد المحقة وإثبات اليد المبطلة معا لازمة أم لا بد من تحقق أحدهما فقط؟ ذهب المؤلف وغيره إلى الأول: وقال البعض: لا بد من الإزالة لا الإثبات، وهو قول محمد رحمه الله حيث قال: إن الغصب هو الإزالة فقط، وأوجب الزاهدي الإزالة لوجوب الضمان، وللرد إثبات اليد، كغصب العقار، فإنه موجب للرد دون الضمان عندهما، قال أبو السعود: وبه يحصل التوفيق في كلامهم، (ملخص من رد المحتار ١٢٥/٥).

[٣] - إذا زاد المغصوب في يد الغاصب، بأن كانت شجرة فأثمرت أو جارية فسمنت أو ولدت ولدا مملوكا ثم تلف، ضمن ذلك كله، لأنه مال للمغصوب منه حصل في يده بالغصب، فضمنه بالتلف (المهذب مع المجموع ٣٥٨/١٤).

فيه، كما في الاصل، وإزالة يد المالك ضمني فيه، وإثبات يد الغاصب قصدي عمداً على ما قلنا.

واستخدام العبد، وحمل الدابة، وركوبها، وسكنى الدار على وجه التعدي غصب، لأنه وجد إزالة اليد حالة الاستعمال، بخلاف الجلوس على البساط، إلا أنه لا ضمان عليه في هذه المنافع، إلا أن ينقص العين باستعماله، فيغرم النقصان [وقال الشافعي: يضمنها فيجب أجر المثل، وقال مالك: إن سكنها يجب أجر المثل، وإن عطلها لا شيء عليه، ولنا أن المنافع أعراض لا مماثلة بينها وبين الدراهم][1] وسيأتي بعد هذا إن شاء الله تعالى.

وقيل: إن الغصب إنما يتحقق فيما ينقل ويحول[2] لتحقق إزالة اليد، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وقال محمد رحمه الله: يتحقق في غيره أيضاً[3]، وبه قال الشافعي رحمه الله[4]، حتى لو غصب

---

[1] – ما بين القوسين ساقط من (ن،ع).

[2] – التحويل: هو النقل من مكان وإثبات في مكان آخر. والنقل يستعمل بدون الإثبات في مكان آخر (العيني ٨٧٤/٣).

[3] – وهو قول أبي يوسف الأول (الهداية ٣٧٤/٤) ولا يتحقق في العقار قوله الثاني، وهو قول أبي حنيفة، وبه أخذ أكثر المشايخ (ر: العيني ٨٣٨/٣) والبزازي كما يبدو من عبارته (البزازية بهامش الهندية ١٦٧/٣) وفي البحر عنه: والصحيح قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وفيه عن العيني: ويفتى بقول محمد في عقار الوقف (١١١/٨) هذا إذا كان غصبا يوجب الضمان إذا هلك بلا صنع عن الغاصب وأجمعوا على أنه إذا تلف بصنعه ضمن (ر: الغياثية ص: ١١٥، والبزازية ١٦٧/١).

[4] – أن الأرض والعقار يجري عليها الغصب إبراء (المجموع ٣٦٩/١٤، ط مكتبة الإرشاد).

عقاراً[1] فهلك في يده لم يضمنه عندهما، وعنده يضمن لتحقق إثبات اليد فيه، ومن ضرورته ثبوت زوال يد المالك[2] لاستحالة اجتماع اليدين على محل واحد في حالة واحدة، فيتحقق الغصب، وهو قطع يد المالك عن الانتفاع، وغصب العقار بالاستيلاء، لهما أن العقار لا يضمن بالاستيلاء لعدم إزالة اليد والنقل، كمن ركب دابة غيره ولم ينقلها إلى موضع، والمنع عن الانتفاع لا يوجب الضمان، كما لو بعد المالك عن المواشي[3].

٢٤٣- ثم إن كان الغصب مع العلم، فحكمه المأثم والمغرم عند الهلاك عنده، وإن لم يعلم بأن ظن أن الماخوذ ماله، فحكمه الضمان إن هلك في يده، لأن هذا حق العبد، فلا يتوقف على العلم، ولا يأثم[4] فيه لعدم قصده[5].

٢٤٤- وعلى الغاصب رد العين المغصوبة إن كان باقيا في يده

---

[1] - العقار بفتح العين، في اللغة: ما له أصل وقرار، مثل الارض والدار (التعريفات للجرجاني ص: ١٧٤) وفي الاصطلاح: الضيعة والأرض مع البناء وما اتصل به اتصال قرار (معجم لغة الفقهاء ص: ٣١٧).

[2] - وفي (م): "ومن ضرورة ثبوت يده زوال يد المالك"، والصواب ما كتبناه كما في الهداية (الهداية مع نصب الراية ٤٠٨/٤، دار الكتب العلمية).

[3] - ينبغي أن يرجح قول محمد، لأن الأصل وجود التعدي، لوجوب الضمان به، كما مر.

[4] - وفي (م): "مأثم".

[5] - لأنه هو خطأ، والخطأ مرفوع بالحديث" رفع عن أمتي الخطأ والنسيان" رواه الطبراني في الكبير عن ثوبان، حديث صحيح (الجامع الصغير ١٦/٢، ط دار الفكر).

لقوله عليه السلام: "على اليد ما أخذت حتى ترد"[1]، ولأنه قوة يده، واليد مقصودة، وبها يتوصل إلى التصرف والانتفاع، فيجب رد العين وهو الموجب الأصلي على ماقالوا: إنه كامل في الجبر[2] والمالية، فإذا عجز عنه بهلاكه يجب مثله إن كان مثليا، لقوله تعالى: ﴿فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾[3]، ولأن المثل كامل صورة ومعنىً في الجبر[4] والمالية، فيقوم المثل مقام العين الهلاك[5].

٢٤٥- ثم المكيلات، والموزونات، والعدديات المتقاربة، كالجوز والبيض والتفاح[6] والكمثرى والمشمش والخوخ والخبز[7] والخل والعصير

---

[1] - أخرجه أبو داود (البيوع: باب تضمين العارية ٥٠١/٢)، والبيهقي (العارية مضمونة ٩٠/٦) عن سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "على اليد ما أخذت حتى تؤدي"، وفي السنن الكبرى: "تؤديه" وأخرج عن عبد الله بن السائب بن يزيد عن أبيه عن جده عن النبي -صلى الله عليه وسلم- قال: "لا يأخذ أحدكم متاع أخيه لاعبا ولا جادا فإذا أخذ أحدكم عصا أخيه فليردها إليه" (السنن الكبرى: الغصب، باب من غصب لوحا فأدخل في سفينة ١٠٠/٦).

[2] - في (م): "الخبر".

[3] - البقرة: ١٩٤.

[4] - في (م): "في الخبر".

[5] - في (م): "العين الهالك".

[6] - في (م): "التفاح" ساقط.

[7] - وفي ظاهر الرواية إن الخبز من ذوات القيم، كذا في الفصول العمادية (الهندية: ١٢٠/٥).

والقطن والصوف، كلها مثلي، وكذا الدقيق والسويق، وفي الأصل[1] قال: يجب في السويق قيمته، لأن بين سويق وسويق تفاوت كثير بتفاوت الدقيق القلي وخلط السمن به، فلم يبق مثليا. أما اللحم فمختلف فيه[2]، وكذا العنب[3].

٢٤٦- فإذا عجز عن أداء المثل، تجب قيمته في المكان الذي غصب قيمة ذلك اليوم[4] لتفاوت القيم بتفاوت الأماكن والأزمان، ووجوب

---

[1] - وهو كتاب الاصل في الفروع للإمام محمد، المعروف بالمبسوط، وهو أحسن كتبه الست، تسمى بظاهر الرواية، صنفه أولا وأملاه على أصحابه، رواه عنه الجوزجاني وغيره، وله نسخ كاملة خطية في ست مجلدات في خزانات اسطنبول (ر: كشف الظنون ٩٠٧/١، ومقدمة المصحح لكتاب الأصل ٩٠٤/١) وطبع من دائرة المعارف العثمانية في أربعة أجزاء بتحقيق أبي الوفاء الأفغاني والتعليق عليه.

[2] - فلحم البقر والجاموس جنس، ولحم المعز والضأن جنس، ولحم العراب والبخاتي جنس (ر: البحرالرائق ١٣٤/٦).

[3] - وما تفاوت آحاده في القيمة فهوعددي متفاوت، ومالا تتفاوت آحاده، وإنما تتفاوت أنواعه كالباذنجان، فهو متقارب مثلي (الهندية، الباب الأولى ١١٩/٥) والعنب مثلي على هذا الأصل، لأنه جنس واحد وإن اختلفت أنواعه وألوانه، وكذا الزبيب (ر: المصدر السابق).

[4] - أي يوم الغصب، وهو قول أبي يوسف، وقال محمد: يوم الانقطاع، وقال أبو حنيفة رحمه الله: يوم الخصومة، وقول أبي يوسف أعدل الأقوال، وبه أفتى بعض مشايخنا، وهو المختار، والفتوى على قول محمد كما في ذخيرة الفتاوى، وبه أفتى كثير من المشايخ (ر: الهداية ٤/ ٣٧٣، والهندية ١١٩/٥، والبحر ١١٠/٨، ورد المحتار١٢٨/٥).

القيمة فيه مخلص وخلف عن الأصل، لأن القيمة مثلي في المالية، ولكنها ناقصة في الصورة، وكل ما تتفاوت آحاده في القيمة من العدديات فهو من ذوات القيم، كالقثاء والبطيخ وغيرهما، والبر المخلوط بالشعير من ذوات القيم[1]، فإذا عجز عن أداء القيمة بسبب من الأسباب انسد باب الضمان كضمان المنافع.

٢٤٧- فإذا وجد الغاصب في غير البلد الذي غصب ينظر، إن كان الغصب دراهم أو دنانير لا يتفاوت بين الموضعين، فيؤمر برده أو مثله إليه، وإن كان غيرهما من المثليات، كالحنطة والشعير سواء كانت قيمته أقل أو أكثر، إن شاء أخذ مثله، و إن شاء أخذ قيمته، وإن شاء صبر حتى يرجع إلى بلده، فيأخذ مثله فيه، وإن كان غير مثلي فعليه قيمته إذا تلف في يده، هذا إذا كانت القيمة سواء فيهما أو أكثر في الموضع الذي وجده، وإن كانت أقل، إن شاء أخذه بالقيمة في المكان الذي غصب، وإن شاء صبر حتى يرجع إلى بلده، فيأخذها فيه[2]، فإذا أدى الغاصب القيمة فيما تجب القيمة، فالقاضي يجبره على قبضه، فيبرأ الغاصب من الضمان بقبضها، وإن وضعها في يده، أو في حجره عند غير القاضي يبرأ أيضاً، وإن وضعها بين يديه لا يبرأ، بخلاف رد عين الوديعة، حيث يبرأ بالتخلية عنده. ولا يبرأ بالرد إلى دار المالك فيهما،

---

[1] - وتجب القيمة في القيمي يوم غصبه إجماعا إذا هلك (الدر المختار ورد المحتار ١٢٩/٥، الغياثية ص: ١١٧).

[2] - اختيار التقويم للقاضي في تضمين الغاصب بالقيمة، وهو يقضي بما هو أنفع للمالك (الغياثية ص: ١١٧).

بخلاف رد العارية حيث يبرأ بالرد إلى دار المالك، لأن العارية ترد هكذا عرفاً، وفي الدين قيل: لا يبرأ حتى يقبض.

٢٤٨- وما هلك من المغصوب في يد الغاصب بفعله أو بغير فعله ضمنه، لأنه يجب عليه رده إلى المالك حقيقة أو معنى، وقد تعذر بالهلاك في يده[١] فيجب الضمان. وما نقص منه في يده، يضمن النقصان مع رد العين، لأن الأوصاف في غير الربوي تضمن بالفعل لا بالعقد[٢] على ما عرف، وأراد بالنقصان تفويت جزء منه[٣] دون تراجع السعر، وكذلك إذا تعيب في يده، وفي العقار في تضمينه في الهلاك، وفي نقصانه مختلف فيه كما مر، وفي غصب الأموال الربوية لا يمكن تضمين النقصان مع استرداد العين، لأنه يؤدي إلى الربا.

٢٤٩- وذبح مأكول اللحم استهلاك فيه[٤] وجه دون وجه، لأنه فات بعض المقاصد دون البعض[٥] بخلاف غير مأكول اللحم، فإنه يفوت كل المقاصد بالذبح، فيصير استهلاكا من كل وجه، فتجب قيمته بلا خيار.

---

[١] - في (ن،ع): "في يده" ساقط.

[٢] - لأن العقد يرد على الأعيان لا على الأوصاف، والغصب فعل يحل الذات بجميع أجزائها وصفاتها فكانت مضمونة (تكملة فتح القدير ٣٣٤/٩، كتاب الغصب).

[٣] - في (ن،ع): "منه" ساقط.

[٤] - يناسب" من" بدل" فيه".

[٥] - والمالك مخير في الأخذ بين القيمة وتضمين النقصان، وهو ظاهر الرواية (ر: الهداية ٣٧٨/٤).

٢٥٠- وربح الغاصب[١] فيما غصب لا يحل له، سواء كان المغصوب عروضا أو نقدا، لأنه حصل له بسبب خبيث وهو الغصب، بخلاف الربح في البيع الفاسد، حيث يحل للبائع فيما ربح[٢] في الثمن، لأن الثمن مما لا يتعين، ولا يحل للمشتري فيما ربح[٣] في المبيع، لأنه يتعين بالتعيين.

٢٥١- رجل غصب عبداً فآجره فالأجرة له، لأنه هو العاقد، ولكن لا يحل له للخبث فيه، وإذا تمكن النقصان فيه بسببه، يضمن النقصان مع رد العين، وينجبر هذا النقصان بالأجرة أيضا، كما ينجبر نقصان الجارية بالولادة بولدها عندنا، خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله[٤]، وقدر ما ضمن من النقصان يحل من الأجرة، لأن المضمونات تملك بأداء الضمان، ويتصدق بالفضل منه، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وقال أبو يوسف رحمه الله: يطيب الفضل أيضا[٥].

٢٥٢- ولو آجر العبد نفسه يصح، وله أن يقبض الأجرة، فإن أخذه الغاصب فهو للمولى إن كان باقيا في يده، وإن أتلفه لا ضمان عليه عند أبي حنيفة رحمه الله، وعلى هذا الخلاف إذا آجر المستعير المستعار، أو

---

[١] - في (ن،ع): "ذبح الغاصب".

[٢] - في (ن،ع):" فيما ذبح".

[٣] - في (ن،ع):" فيما ذبح".

[٤] - ر: المهذب مع المجموع ٣٥١/١٤.

[٥] - هذا قوله الأول، والآخر مثل قولهما، هكذا ذكره الفقيه أبو الليث (العيني ٨٤٢/٣).

تصرف المودع في الوديعة وربح فيه، فهذا كله بمنزلة ربح[1] الغاصب.

٢٥٣- ولو هلك المغصوب في يد الغاصب حتى ضمنه، له أن يستعين بالغلة التي حصلت من الغصب في أداء الضمان، لأن الخبث لأجل المالك، ولهذا لو أدى إليه يباح له التناول فيزول الخبث بالأداء إليه [بخلاف ما إذا باعه فهلك في يد المشتري ثم استحق وغرمه ليس له أن يستعين بالغلة في أداء الثمن إليه، لأن الخبث ما كان لحق المشتري][2]، إلا أنه لا يجد غيره فصرفه إلى حاجة نفسه، [فلو أصاب مالا][3] يتصدق بمثله، [إن كان غنيا][4] وإن كان فقيرا يصرفه إلى حاجة نفسه بلا شيء[5].

٢٥٤- رجل غصب ألفا، ثم اشترى بها عينا، وباعها بألف وزيادة، لا يطيب الربح عندهما خلافا لأبي يوسف، وقوله[6]: اشترى بها إشارة إلى أنه إذا اشترى بها شيئا، وأشار إليها ونقد منها، يجب التصدق، أما[7] إذا

---

[1] - في (ن،ع):" ذبح".

[2] - ما بين القوسين ساقط من النسخ الثلاث، زدناه من الهداية تصحيحاً للعبارة.

[3] - ما بين القوسين زدناه من الهداية.

[4] - ما بين القوسين زدناه من الهداية (الهداية مع تكملة فتح القدير ٣٣٦/٩، دار الكتب العلمية).

[5] - لأنه محتاج إليه وللمحتاج إليه أن يصرفه إلى حاجة نفسه وهو أولى بذلك لأنها ملكه وإن كان فيه خبث.

[6] - أي الإمام محمد في الجامع الصغير كما في العناية (العناية مع تكملة فتح القدير ٣٣٦/٩، دار الكتب العلمية).

[7] - في (م): أما إذا اطلق ونقد منها أوأشار إلى غيرها لا يجب التصدق لأنها لا

أطلق ونقد منها، أو أشار إلى غيرها ونقد منها، أو أشار إليها ونقد من غيرها لا يجب التصدق[1]، لأنها لا تتعين بالإشارة، قال مشايخنا رحمهم الله: لا يحل التناول منه قبل أن يضمن، وكذا بعد الضمان هو الصحيح[2]، وقيل: إذا ضمن يباح له، لأنه يصير مبادلة بالتراضي[3]. وكذا إذا أبرأه يحل له، والربح لا يطيب[4] بضمان العين.

وإذا اشترى بها طعاما يساوى الفين[5] فأكله، لم يتصدق بشيء في قولهم جميعاً[6]، لأن الربح إنما يتبين عند اتحاد الجنس[7].

تتعين بالاشارة.

[1] – فهذه أربعة أوجه، ففي واحد منها لا يطيب وفي الباقي يطيب، وهو قول الكرخي، واختاره البعض، قالوا الفتوى على قوله في زماننا، كذا ذكره في اليتيمة والذخيرة، لكثرة الحرام دفعا للحرج عن الناس، وهذا كله على قولهما، وعند أبي يوسف: لا يتصدق بشيء منه (ملخص من الدر المختار ورد المحتار ١٣٣/٥، والهندية، الباب الثامن ١٤١/٥، والعيني ٨٤٤/٣).

[2] – قال المؤلف في الهداية: (٤/ ٣٧٦)، وهو المختار لإطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة من المبسوط (الدر المختار ورد المحتار ١٣٣/٥، والتبيين ٢٢٦/٦).

[3] – لم أجد قائله.

[4] – في (ن،ع): "لا يطيب" ساقط.

[5] – في (ن،ع): "يساوي العين".

[6] – إعلم أن شرط كون المغصوب طيباً للغاصب عندهما أداء الضمان إلى المالك، وعند الإمام رحمه الله لزوم البدل عليه، والفتوى على قولهما (ر: البزازية بهامش الهندية ١٨٣/٦).

[7] – وفي (ن،ع): "اتحاد السبب" مكان "اتحاد الجنس".

٢٥٥- وكذا كل مال حرام إذا اشترى به شيئا، ولم يضف البيع إلى تلك الدراهم المعين، طاب له الشيء، قال أبو نصر[١]: يطيب له ذلك الشيء مالم يدفع الدراهم أولاً، وهو قول الكرخي[٢]، والفتوى على قوله،

---

[١] - هو أحمد بن محمد بن عمر زاهد الدين أبو نصر العتابي البخاري الفقيه، المفسر، المنعوت زين العابدين، المتوفى سنة ٥٨٦هـ وفي رواية سنة ٥٨٢هـ، المدفون بكلاباذ بمقبرة القضاة السبعة ببخاري، والعتابي منسوب إلى عتابية بفتح العين محلة ببخارى، كان متبحراً في علوم الدين يشهد عليه تصانيفه من شرح الزيادات، وشرح الجامع الصغير والكبير، وجوامع الفقه في أربع مجلدات، وتفسير القرآن (ر: الجواهر المضية١/ ١٨٢، ١٨٣، والفوائد البهية: ٣٦ ومعجم المؤلفين ٢/١٤٠، وتاج التراجم لابن قطلوبغا: ٧، وطبقات المفسرين للسيوطي:٦، وكشف الظنون١/ ٤٥٣، ٥٦٣، ٥٦٧، ٥٦٨، ٦١١، ٩٦٣، ٩٦٤).

[٢] - هو أبو الحسن عبيد الله بن الحسين من دلال بن دلهم الكرخي الفقيه، مولده في الكرخ سنة ٢٦٠هـ الموافق ٨٧٤م، ووفاته ببغداد سنة ٣٤٠هـ المطابق ٩٥٢م، أخذ الفقه عن أبي سعيد البردعي، وقرأ عليه المبرزون من فقهاء الزمان، منهم: أبو بكر الرازي أحمد الجصاص، وأبو الحسن القدوري، وأبوعلي الشاشي، كان إماما قانعا متعففا عابداً صواما كبير القدر، وأوحد زمانه غير مدافع ولا منازع، عدوه من المجتهدين في المسائل، وانتهت إليه رئاسة الحنفية بالعراق، وله مؤلفات في الفقه، والكرخي: نسبته إلى كَرْخ جُدّان قرية بنواحي العراق، (ر: معجم البلدان ٤/ ٤٤٨، ٤٤٩، والأنساب للسمعاني ٥/٤٣٢، ١١/٧٥. وتاريخ بغداد ١٠/٣٥٣، وأخبار أبي حنيفة وأصحابه للصميري١٦٠، ١٦٢).

وقيل: كلاهما سواء، وفي النوادر[1] لو اشترى ديناراً بعشرة دراهم [ونقد الدراهم المغصوبة لا يحل له الانتفاع بالدينار ما لم يؤد الضمان][2]، لأن صاحب الدراهم إذا استحق دراهمه فسد العقد، لأن الدراهم تتعين في المغصوب ووجب عليه رد الدينار، بخلاف ما لو اشترى بها شيئا غير الدينار ونقد منه يحل له الشيء، لأن باستحقاقه لا يفسد العقد، لأن الثمن لا يتعين به، فعلى هذا قالوا: لو غصب ثوبا واشترى به جارية لا يحل له وطئها[3]، ولو تزوج به امرأة يحل له وطئها، لأن باستحقاقه يلزمه رد الجارية[4] في البيع دون النكاح.

٢٥٦- ولو غصب عبدا فباعه، فضمنه المالك قيمته، جاز البيع، ولو أعتقه ثم ضمنه[5] القيمة لم يجز عتقه[6].

٢٥٧- السلطان إذا غصب مال الغير، فخلطه بماله بحيث لا يمكن

---

[1] - النوادر: هي مسائل مروية عن الإمام أبي حنيفة وصاحبيه في كتب أخر للإمام محمد، كالكيسانيات والهارونيات والجرجانيات والرقيات، وهي دون ظاهر الرواية في الدرجة (ر: ردالمحتار ٥٠/١).

[2] - ما بين القوسين ساقط من النسخ الثلاث زدناه من فتاوى النوازل.

[3] - وهو الصحيح (الهندية، الباب الثامن ١٤١/٥).

[4] - وفي (م): "الجارية" ساقط.

[5] - في (م): "ثم ضمن لم يجز عتقه".

[6] - لأن ملكه الثابت فيه ناقص لثبوته مستنداً أو ضرورة احتمال البدل والمبدل في ملك شخص واحد (تكملة شرح فتح القدير ٣٥٥/٩، كتاب الغصب، دار الكتب العلمية).

تمييزه، يملكه عند أبي حنيفة حتى وجب عليه الحج والزكاة.

٢٥٨- وزوائد الغصب أمانة عندنا متصلة كالسمن والجمال، أو منفصلة كالولد والثمر، وضمان الغصب لا يجب بالغصب، وإنما يجب بالإتلاف، والغصب لا يتحقق في الزوائد لعدم إزالة يد المالك منها وقت الغصب، فلا يجب الجبر[١] إلا إذا منعها منه أو تعدى عليها بأن ذبحها، أو أكلها أو باعها أو سلمها فيضمن بالتعدي، وعند الشافعي هي مضمونة لإثبات يده عليها[٢]، ولو باعها وسلمها إلى المشتري فالمالك بالخيار، إن شاء ضمن قيمته يوم الغصب، وإن شاء ضمن المشتري قيمته يوم القبض، وكذا منافع الغصب لا يضمن[٣] عندنا، سواء استوفاها هو أو عطلها لعدم تحقق الغصب فيها لمامر، ولأن المنافع أعراض[٤] لا تبقى ولا مماثلة بينها وبين الدراهم، وقال الشافعي رحمه الله: يضمنها، فيجب أجر المثل، وقال مالك: إن استوفاها يجب أجر المثل، وإن عطلها فلا شيء عليه.

٢٥٩- ومن غصب عينا فغيبها فضمنه المالك قيمتها، وإذا ضمنها ملك العين إذا وجد عندنا، لأن المضمونات تملك بأداء الضمان عندنا لاستحالة اجتماع البدل والمبدل في ملك واحد، حتى لو ظهرت العين بعد

---

[١] - في (م): "الحيوان" مكان "الجبر".

[٢] - أنظر: المهذب وشرحه المجموع ٣٥٨/١٤ وما بعدها.

[٣] - إلا أن ينقص باستعماله فيغرم النقصان (الهداية مع تكملة شرح فتح القدير ٣٦٠/٩).

[٤] - في (م): "أعراض" ساقط.

أداء الضمان وقيمتها مثل ما ضمنه أو أقل، فلا خيار للمالك فيما قد ضمنه، إن كان بنكول الغاصب في ظاهر الرواية وهو الأصح[1]، خلافا لقول الكرخي، وإن كانت قيمته أكثر مما ضمن، وقد ضمنها بقول المالك فلا خيار له، وإن كان ضمنها بقول الغاصب فله الخيار لعدم رضاه.

٢٦٠- وإذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب، حتى زال اسمها وعظم منافعها، زال ملك المالك عنها، وملكها الغاصب و ضمن قيمتها عندنا، كمن غصب شاة فشواها أو طبخها، أو حنطة فطحنها، لأنه أحدث صنعة متقومة، فيصير حق المالك هالكا من وجه بدليل أنه تغير اسمه، أو فات معظم مقاصده، وتبدل الاسم دليل على المغايرة صورة، و تبدل المقصود دليل على المغايرة معنى، وحق الغاصب قائم فيه من كل وجه، فيترجح على الذي هو فائت[2] من وجه، ولكن لا يطيب له، ولا

---

[1] – هذا خلاف ما في عامة الكتب كما في الهداية والعناية: ولو ظهرت العين وقيمتها مثل ما ضمنه أو دونه في هذا الفصل الأخير يعني ما إذا ضمنه بقول الغاصب مع يمينه فكذلك الجواب أي فهو بالخيار إن شاء أمضى الضمان، وإن شاء أخذ العين ورد العوض في ظاهر الرواية، وقال الكرخي: لا خيار له في استردادها لأنه توفر عليه بدل ملكه بكماله وهو أي ظاهر الرواية الأصح، لأنه لم يتم رضاه بزوال العين عن ملكه حيث لم يعط ما يدعيه من القيمة، وما لم يتم الرضا لم يسقط الخيار (الهداية والعناية مع تكملة شرح فتح القدير ٣٥٤/٩، وفي الدر المختار: ولا خيار للغاصب ولو قيمته أقل للزومه بإقراره نعم متى ملكه بالضمان قله خيار عيب ورؤية (الدر المختار مع رد المحتار ٢٩٥/٩ فصل في الغصب).

[2] – يعني على حق المالك، في (ن): "قانت" وفي (ع): "فاتت" والصحيح ما كتبناه.

ينتفع بها حتى يؤدي بدلها استحسانا، لقوله عليه السلام: "أطعموها الأسارى"[1] في الشاة المذبوحة المصلية بغير رضا صاحبها، هذا يفيد زوال ملك المالك وحرمة الانتفاع للغاصب، وقد نص في المبسوط أنه يحل له الانتفاع به بقضاء القاضي بالضمان قبل أداءه، ولأن المضمونات تملك بأداء الضمان، وفي إباحة الانتفاع بها فتح باب الغصب، وهذا لا يجوز، وفي القياس يجوز الانتفاع بها، وهو قول الحسن وزفر رحمهما الله، لأنه ثبت له الملك مطلقاً، كما يجوز تصرفه كالبيع والهبة، وقال الشافعي رحمه الله: لا ينقطع حق المالك بالصنعة[2]، وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله، لأن العين باق فبقي على ملكه، وعن أبي يوسف رحمه الله[3] أنه يزول ملكه عنه لكن يباع في دينه، وهو أحق به من الغرماء بعد موته.

٢٦١- ومن غصب ساجة، فبنى عليها زال ملك مالكها، ولزمته القيمة عندنا[4]، وقال الشافعى رحمه الله: يأخذ عينها[5]، وكذا لو غصب لوحا فأدخل في سفينته، وأما من غصب إبريسما فخاط به ذكر[6] عندنا

---

[1] - أخرجه أحمد عن عاصم بن كليب عن أبيه أن رجلا من الأنصار أخبره، قال خرجنا مع رسول الله -ﷺ- في جنازة..... شاة أخذت بغير إذن أهلهـا..... فقال عليه السلام: "أطعموها الأسارى" (مسند أحمد ٢٩٣/٥).

[2] - وهو المذهب عندهم (ر: المهذب مع المجموع ٣٥٠/١٤، ط مكتبة الإرشاد).

[3] - في (ن،ع):" المودع" ساقط.

[4] - وهو الأصح (الهداية ٤٧/٤، والبزازية بهامش الهندية ١٨٧/٦).

[5] - المهذب وشرحها المجموع ٣٨٠/١٤ وما بعدها.

[6] - وفي النسخ الثلاث: "نكر" وهو غير مفهوم.

بقطع حق المالك بالقيمة، وإذا غصب حنطة فزرعها، أو نواة فغرسها، يحل له الانتفاع بها قبل أن يؤدي بدلها لوجود الاستهلاك من كل وجه بخلاف ما تقدم.

٢٦٢- والصنعة في الأموال الربوية لا قيمة لها عند أبي حنيفة رحمه الله، كمن غصب فضة فضربها دراهم، فلا يملك بها، وإذا أبرأ المالك الغاصب صح إبراؤه، سواء كان المغصوب قائما في يده أو هالكا، لأن إبراءه من الضمان، أو عن سبب الضمان كإبراء المودِع المودَع.

٢٦٣- رجل غصب طعاماً فأطعمه المغصوب منه، برئ عن الضمان عندنا سواء علم أو لم يعلم.

٢٦٤- رجل غصب مالا، ثم غصب غريم المغصوب منه ذلك المال من الغاصب، فالمالك بالخيار إن شاء ضمن الأول، وإن شاء ضمن الثاني، فإن ضمن الأول لم يبرأ الثاني، وإن ضمن الثاني أو جعله مقام دينه برئ الأول.

٢٦٥- رجل غصب أرض الغير، فشق فيها نهرا، لا يجوز التوضي ولا الشرب من هذا النهر، لأنه انتفاع بملك الغير، وإذا مرض في دار الغصب، قيل: لا يعاد فيها. رجل قلع نالة من أرض رجل، فغرسها في ناحية منها، فالغرس للغارس، لأنه حصل بصنعه، وعليه قيمة النالة، ويؤمر بقلعه.

٢٦٦- رجل غصب مال ذمي أو سرق منه، يعاقب عليه يوم القيامة، ومخاصمته أشد من مخاصمة المسلم، وكذا مخاصمة الدابة على

الآدمي؛ لأنه لا يرجى منهما العفو. ثم قيل: لا وجه أن يعطي للكافر طاعة المؤمن ولا وجه أن يوضع معصية الكافر على المؤمن، فتعينت[1] العقوبة.

٢٦٧- ومن غصب من مسلم خمرا فخللها، أو جلد ميتة فدبغه فلصاحب الخمر أن يأخذ الخل بغير ثمن، ويأخذ الجلد، [ويرد عليه][2] ما زاد الدباغ فيه[3]، لأن التخليل بمنزلة غسل الثوب النجس، وأما الدباغة فإنه اتصل بالجلد مال متقوم كالعفص وغيره، وهو بمنزلة الصبغ في الثوب، وإن استهلكهما ضمن الخل ولم يضمن الجلد عند أبي حنيفة رحمه الله، لأن في الخل ما له حق حتى يحبسه عن المالك[4]، بخلاف الجلد حيث يحبسه عنه حتى يستوفي ثمن الدباغ، لأن الجلد صار مقوما بالدباغ[5]، وعندهما يضمن الجلد مدبوغا، ولو هلك في يده لم يضمن بالإجماع.

---

[1] - في (ن،ع): "فبقيت".

[2] - ما بين القوسين زدناه من الهداية (الهداية مع تكملة شرح فتح القدير ٣٦٨/٩).

[3] - فإن خللها ودبغها بما لا قيمة له، يأخذها المالك مجانا، وإلا يرد ما زاد الدبغ، ولا شي للغاصب على المالك في الخل أيضا خلافا للصاحبين (ر: الدر المختار بهامش رد المحتار ١٤٨/٥).

[4] - وفي الهداية: "أما الخل فلأنه لما بقي على ملك مالكه وهو مال متقوم ضمنه بالإتلاف، ويجب مثله" (الهداية مع تكملة فتح القدير ٣٦٩/٩).

[5] - هذا إذا كان الغاصب دبغه بما له قيمته، ولو دبغه بمالا قيمة له، يضمن قيمته عند الجمهور وعليه الأكثرون، وكذا قال المؤلف في الهداية (ر:٣٨٧/٤).

كتاب الوديعة

٢٦٨- الفرق بين الوديعة والأمانة: فالوديعة خاصة والأمانة عامة، وحمل العام على الخاص صحيح دون عكسه، فالوديعة: هي الاستحفاظ قصداً، والأمانة: هي الشيء الذي وقع في يده من غير قصد الاستحفاظ، بأن هبت الريح ثوب إنسان وألقته في حجر غيره، وكذا اللقطة: وهي أمانة من غير استحفاظ، إن طلب صاحبه بالرد عليه فلم يرده حتى هلك ضمن، وإلا فلا.

٢٦٩- الوديعة[١] أمانة في يد المودع، إذا هلكت في يده من غير تعد فلا ضمان عليه للنص عليه[٢]، وليس للمودع أن يودع عند آخر قصدا، لأن صاحب الوديعة رضي بحفظه دون حفظ غيره، إلا إذا وقع في داره حريق أو غريق إذا كان غالباً في منزله، أو يموت المودع، وليس له أحد في عياله فيسلمها إلى جاره، لأنه تعين طريق الحفظ لهذا في هذه الحالة، فيرضى المالك دلالة.

---

[١] - عرفها النسفي، الوديعة: المال المتروك عند إنسان يحفظه، فعيلة من الودع وهو الترك (طلبة الطلبة ص: ٢٠٢).

[٢] - وهو مروي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم-: "من أودع وديعة فلا ضمان عليه". رواه ابن ماجه (أبواب الهبات، باب الوديعة ١٧٣/٢).

٢٧٠- و تفسير من في عياله هو الذي سكن معه، سواء كان في نفقته أو لم يكن، والعبرة للمساكنة دون النفقة، إلا في حق الزوجة والولد، بأن تسكن زوجته في محلة أخرى فيدفع إليها لم يضمن.

٢٧١- ولو أودع المودع عند آخر ثم أخذها من يده، برئ من الضمان عندنا، وكذا كل خلاف إذا وجد منه ثم عاد إلى الوفاق برئ عن الضمان عندنا، كما إذا ركب الدابة ثم نزل، أو لبس الثوب ثم خلع. بخلاف الأمانة حيث لا يبرأ عن الضمان بالعود إلى الوفاق، ذكره في فوائد[١] المنافع والينابيع، وهو قول أبي حنيفة الثاني، وبخلاف ما إذا جحد الوديعة ثم أقر بحيث لا يبرأ عن الضمان، لأن بجحوده قد عزل نفسه عن الحفظ[٢]، كجحود الوكيل الوكالة، فصار بعده غاصبا، فبهلاكه يضمن، إلا إذا جحد عند غير صاحبها لا يضمنها عند أبي يوسف خلافاً لزفر، لأن الجحود عند غير صاحبها من باب الحفظ[٣].

٢٧٢- وإذا أودع عند آخر فهلكت[٤] عنده، فلصاحب[٥] الوديعة أن

---

[١] - وفي (ن،ع): فرائد المنافع والينابيع.

[٢] - هذا إذا نقلها عن موضعها، وإن لم ينقلها وهلكت لا يضمن، نقله قاضيخان عن الناطفي، كذا في الخلاصة، وهو ظاهر(ر: الخانية بهامش الهندية ٣٧٣/٣، والدر المختار على رد المحتار ٦٧٠/٥، ٦٧١).

[٣] - رجح الزيلعي قول الإمام أبي يوسف (تبيين الحقائق ٧٩/٥).

[٤] - وفي الهداية: ومن أودع رجلاً وديعة فأودعها آخر فهلكت (الهداية مع تكملة فتح القدير ٥١٨/٩، دار الكتب العلمية).

[٥] - إذا كان بغير إذنه ولا ضرورة (الدر المنتقى بهامش مجمع الأنهر ٣٤٣/٢).

يضمن الأول دون الثاني عند أبي حنيفة رحمه الله، لأن الأول لما دفع الثاني لم يصر متعديا بدفعه إلا إذا فارقه عنه، فإذا فارقه[1] فقد ترك الحفظ الملتزم فيضمنه بذلك[2]، وأما الثاني فقد قبضها من يد أمين فلا يعدى منه، كما إذا هبت الريح وألقت ثوب غيره في حجره، وعندهما له أن يضمن أيهما شاء، لأن الأول متعد بالتسليم إليه، والثاني متعد بقبض مال الغير بغير إذنه[3]، إن ضمن الأول هو لم يرجع على الثاني، لأنه لما ضمنه ملكه بأداء الضمان، فصار كأنه أودع ملك نفسه، وإن ضمن الثاني هو يرجع على الأول، لأنه هو الذي أوقعه في هذا الضمان[4].

٢٧٣- وإن كانت الوديعة دابة فأصابها شيء، فأمر المودع لآخر بعلاجها فعالجها، فماتت من ذلك، فالمالك بالخيار بين تضمين المودع وبين تضمين المعالج[5]، ثم المعالج إن علم أنها وديعة لا يرجع بما ضمن على المودع، وإن لم يعلم يرجع عليه.

٢٧٤- وإن خلطها المودع بماله حتى لا يتميز جنسها ضمنها،

---

[1] - "فإذا فارقه" ساقط من (م).

[2] - ونقل صاحب الغياثية عليه الاتفاق عن الذخيرة (الغياثية ص: ١٢٣).

[3] - فيخير بينهما.

[4] - وفي (ن، ع): "الزمان"، ولم أجد ترجيح أحد من القولين، إلا صنيع المؤلف في الهداية يرجح قول الإمام (الهداية مع تكملة شرح فتح القدير ٥١٦/٨، دار الكتب العلمية، بدائع الصنائع ٢٠٨/٦).

[5] - إن ضمن المودع لم يرجع إلى المعالج، بخلاف عكسه (ر: السراجية ص: ٨٣) كما في المسألة الأولى.

كخلط الدراهم بالدراهم والحنطة بالحنطة[1] ثم لا سبيل للمودع عليها عند أبي حنيفة رحمه الله، ويكون المخلوط كله للخالط، لأنه استهلاك[2] من كل وجه لعدم الوصول إلى عين[3] حقه، وعندهما أنه يصير[4] مشتركاً بينهما، لأنه استهلاك من وجه دون وجه[5].

وإذا خلطها بغير جنسه، كخلط الحنطة بالشعير، وخلط الخل بالزيت انقطع حق المالك فيه بالإجماع، وإنما حقه التضمين، لأنه استهلاك صورة ومعنى، إلا أن في الأول طريق التمييز متعذر، وفي الثاني متعسر، ولو خلط المائع بجنسه ينقطع حق المالك فيجب الضمان عند أبي حنيفة، ويجعل الأقل تابعا للأكثر كما هو أصل أبي يوسف رحمه الله[6]، وعند محمد رحمه الله يصير مشتركا بكل حال[7]، لأن

---

[1] – المراد بعدم التمييز عدمه على وجه التيسير لا عدم إمكانـــه مطلقـــا (البحـــر الرائق ٢٧٦/٧).

[2] – في (ن): "لا استهلاك" وحرف " من" سقط عنه.

[3] – في (ن): "غير حقه".

[4] – وفي النسخ الثلاث: "يضمن" ولعل الصواب ما كتبناه من فتاوى النوازل.

[5] – لأن التمييز يمكن معنى بالقسمة (ر: الهداية ٢٧٣/٤) ولم أر ترجيح أحد من القولين، لكن المؤلف يشير صنيعه في الهداية إلى أنه اختار قـــول الإمـــام، ولأن سبب الضمان هو التعدي، وقد صدر من المودع بخلط الوديعـــة بمـــال نفسه، ولم يأذنه صاحبها.

[6] – فيكون المخلوط لصاحب الكثير ويضمن لصاحب القليل عند أبي يوسف (العناية مع تكملة شرح فتح القدير ٥١٣/٨، دار الكتب العلمية).

[7] – أي سواء كان الخلط لقليل أو بغيره.

الجنس لا يغلب الجنس بل يكثره كما مر في الرضاع[1]، كخلط الدراهم بمثلها إذابة[2]، وإن اختلطت من غير فعله فهو شريك لصاحبها بالاتفاق، ولا يضمنه لعدم الصنعة فيه، حتى لو كان لرجل درهمان ولآخر درهم ثم ضاعت منها درهمان، فقال أبو حنيفة رحمه الله: الدرهم الباقي بينهما أثلاثا، لأن لصاحب الدرهم[3] ثلث كل درهم، ولصاحب الدرهمين ثلثا كل درهم، وقال ابن شبرمة رحمه الله[4]: الباقي بينهما نصفين، وإن أنفق بعضها ثم رد مثله فخلط بالباقي ضمن الجميع، لأنه لما أنفقه وجب عليه الضمان[5]، والمال المضمون غير مال الأمانة، فخلط هذا بهذا يصير

---

[1] – إذا جمع بين لبن لبن امرأتين في قدح وصب في حلق رضيع يثبت الرضاع منهما جميعاً عند محمد (ر: العناية مع تكملة فتح القدير ٥١٣/٨، دار الكتب العلمية).

[2] – ذلك كله إذا كان الخلط بغير إذن المالك، وإن كان بإذنه اشتركا شركة أملاك، كما لو اختلطت بغير صنعه (ر: الدر المختار بهامش الرد ٥٤٤/٤، ٥٥٥، والبحر ٧/ ٢٧٦).

[3] – في (ن،ع): "الدراهم".

[4] – هو عبد الله بن شبرمة – بضم المعجمة وسكون الموحدة وضم الراء – بن حسان بن المنذر بن ضرار الضبي أبو شبرمة الكوفي القاضي الفقيه، المولود سنة ٧٢هـ والمتوفى سنة ١٤٤هـ، روى عن أنس وإبراهيم النخعي وابن سيرين وغيرهم، وعنه ابن المبارك والسفيانان وآخرون، وثقه أحمد وأبو حاتم والنسائي وابن سعد، وذكره ابن حبان في الثقات، كان عفيفا حازما عاقلا فقيها محدثا شاعرا حسن الخلق جوادا (ر: الطبقات لإبن سعد ٣٥٠/٦، ٣٥١، وتهذيب التهذيب للحافظ ابن حجر ٢٥٠/٥، ٢٥١).

[5] – والمراد بالخلط هذا خلط لا تتميز معه، أما لو جعل على ماله علامة حين

استهلاكا، وإن لم يخلطها فالباقي إذا هلك هلك بأمانة.

٢٧٥- وللمودع أن يسافر بالوديعة وإن كان لها حمل ومؤنة عند أبي حنيفة رحمه الله[١] لإطلاق الأمر، إذا كان الإيداع مطلقاً والطريق آمنا، والمفازة محل للحفظ، ولهذا يملك الأب والوصي ذلك إلا إذا نهاه عن ذلك[٢] بخلاف الاستحفاظ بالأجرة، لأنه معاوضة، فيقتضي التسليم في مكان العقد، ولا يسافر بها في البحر لغلبة الهلاك، وكذا إذا كان الطريق مخوفا، طال[٣] السير أو قصر عند أبي حنيفة رحمه الله.

وإن قال: احفظها في الكيس، فوضعها في الصندوق أو على عكسه لا يضمن، كما إذا قال: احفظها في هذا البيت، فحفظها في بيت آخر من الدار لم يضمن إن كان مثله، بخلاف الدارين، لأن بين الدارين تفاوت في الحرز.

خلط بها بحيث يتأتى التمييز لا يضمن إلا ما أنفق، كذا في الخلاصة (البحر الرائق ٧/ ٢٧٧).

[١] - خلافا للصاحبين، قال أبويوسف: له الخروج بها إلى مسافة قصيرة، وإن طالت لا يخرج، لأن القصيرة لا يخاف فيها عادة، وقال محمد: لا يسافر مطلقا، سواء طالت أو قصرت (جامع الرموز ٣٩/٣، وتبيين الحقائق ٧٩/٥، ورد المحتار ٦٦٤/٥) ولم أر ترجيحا لأحد، إلا أن قول أبي يوسف أعدل وأوفق بالعمل.

[٢] - ولكن لما لا يمكن حفظها في المصر المأمور بالحفظ فيه بطريق ما، فلا بأس بسفره ولا يضمن (ر: الغياثية: ١٢٣).

[٣] - في (ن، ع): "فأطال".

٢٧٦- جحود المودع الوديعة عند طلب صاحبها فسخ عقد الوديعة منه، وعزل نفسه عن الحفظ، كجحود الوكيل الوكالة بمحضر المؤكل ولو أخذ بعد ما ارتفع العقد[١] لا يعود باعترافه، لأن المنفصل لا يعود إلا بالتجديد، والمودع لا يملك عزل نفسه بغير حضرة المستودع كالوكيل[٢].

٢٧٧- رجل أودع عند صبي أو عند عبد محجور عليه، فاستهلكه لم يضمن الصبي، ويضمن العبد بعد العتق، لأنه سلطه بتحويل يده إلى ماله، وأنه صحيح في حق "تضمين"[٣] العبد البالغ دون الصبي، لأن العبد من أهل الالتزام، وهو التزام الحفظ على نفسه، وأما الصبي فليس من أهل الالتزام فبقي في حقه مجرد التسليط، وإن كان العبد مأذونا يضمن في الحال، وعلى هذا إذا أقرض صبيا أو عبدا محجوراً أو باعه يكون تسليطا، وعلى هذا أودع هذا المحجور عند عبد محجور آخر فهلك في يده، يضمن الأول بعد العتق عند أبي حنيفة ولا يضمن الثاني، وعند أبي يوسف يضمن أيهما شاء في الحال، وقال محمد رحمه الله: يضمنان بعد العتق[٤].

---

[١] - في (ن،ع):" العقد" ساقط.

[٢] - وفي الهداية: "لأن المودع ينفرد بعزل نفسه بمحضر من المستودع كالوكيل يملك عزل نفسه بحضرة المؤكل"، هذا ينسجم ما قبله (الهداية مع تكملة شرح فتح القدير ٨/٥١٤، دار الكتب العلمية).

[٣] - كذا في نوازل السمرقندي، وفي النسخ الثلاث: "تصيب" محل "تضمين" ولعله خطأ.

[٤] - إنى أرى قول الإمام أبي حنيفة أصوب، لأن الأول متعد بالدفع إلى آخر.

٢٧٨- صاحب الدكان إذا قام من دكانه إلى الصلاة فضاعت الوديعة من دكانه لا يضمن، لأن جيرانه يحفظونه عرفاً، فلا يكون مضيعا.

٢٧٩- قاضي أخذ مال اليتامى ومات، فلم يبين أين هو؟ إن كان المال في يده يضمن، لأنه مات مجهلا، وإن كان في يد أمنائه لم يضمن.

أما قيم الوقف إذا مات مجهلا لا يضمن، وكذا إذ مات أحد المتفاوضين، وأما سائر الأمناء إذا ماتوا مجهلين ضمنوا.

٢٨٠- رجل أدخل دابته في دار رجل فأخرجها صاحب الدار لم يضمن إذا هلكت.

٢٨١- وإن وضع ثوبا في دار رجل ثم ذهب، وهو رماه خارج الدار يضمن، لأنه لا ضرر فيه، وإخراجه يكون إتلافاً.

٢٨٢- وفي الوديعة التعدي شرط للضمان، كالحمامي إذا نام أو غاب فسرق منه الثوب يضمن، كما مر في السرقة، أو خرج المودع من الدار وبقي الباب مفتوحاً وليس فيها أحد فسرقت الوديعة يضمن.

٢٨٣- رجل دفع إلى غيره دراهم لينثر في العرس ليس له أن يحبسه لنفسه، لأنه مأمور بالنثر، والحبس ضده، وكذا ليس له أن يدفع إلى غيره لينثره، ولو دفع إلى آخر فنثره ليس له أن يلتقط منه، ولو دفعه سكرا لينثره، جاز له أن يدفع إلى غيره لينثره، وله أن يلتقطه منه إذا نثره، لأن نثر السكر على السهولة، ولكن ليس له أن يحبسه لنفسه[١].

---

[١] - وفرق المؤلف بين المسألتين، والقياس يقتضي أن يتساوي حكمهما يعني لا يجوز له الحبس لنفسه ولا الدفع إلى غيره للنثر، ولا له أن يلتقط مما نثر من الدارهم أو السكر، كما صرح به أبو بكر البلخي، وتعقب عليه الفقيه أبوالليث

وإن أخذه واحد ثم سقط من يده لا يجوز لآخر أن يأخذه، وإن وقع في ثوبه، إن ضمه فهو له إلا إذا هيأ ثوبه قبله.

٢٨٤- وإن قال المودع: وضعت الوديعة في داري فنسيت المكان لا يضمن، وإن قال: لا أدري وضعت في داري أو وضعت في موضع آخر يضمن، وإن قال: وضعت الوديعة في يدي ثم قمت فنسيتها فضاعت يضمن، لأنه ضيعه بالنسيان، وإن قال: وضعت بين يدي في داري، ينظر إن كان شيئا لا يحفظ في عرصة الدار مثل صرة الذهب يضمن، وإن قال: سقط مني يضمن، وإن قال: دفنتها في داري ونسيت موضعها لا يضمن، وإن قال: دفنتها في كرمي ونسيت موضعها يضمن، وإن قال: لا أدري ضاعت أم لا، لا يضمن.

٢٨٥- رجل أودع عند رجل دراهم في كيس، ولم يزن عنده، ثم ادعى أنه أكثر من ذلك فلا يمين عليه، لأنه لم يدع عليه الخيانة[١] والتضييع، وكذلك لو أودع عند رجل آلات الصناع، ثم ادعى أنه ضاع

وقال: وهذا هوالقياس، ولكن لا نأخذ بهذا، لأن النثر للإباحة، وبناء الإباحة على السهولة لا على الاستقصاء، فلما أمره أن ينثره، صار كأنه أباح له أن يلتقط وأن يحبس لنفسه مقدار ما يحبسه الناس (الخانية بهامش الهندية ٣٨٧/٣) وإني أرى مبنى القضيتين على العرف والعادة، ففي الدراهم إن كان المدفوع إليه محتاجا إليها، جاز له التقاطها وحبسها بقدر ما تعارفه الناس، وأما السكر وما اتخذ منه من الحلويات، فيجوز للمدفوع إليه مطلقا أن يحبس لنفسه بقدر ما يحبسه الناس، ويلتقط من المنثور كما هو عرفنا.

١ - في (ن): "الجناية".

واحد منها، وقال المستودع: لا أدري كم كان، فلا ضمان عليه ولايمين.

٢٨٦- رجل جاء بثوب إلى رجل وقال: هذا الثوب عندك وديعة، أو وضعه عنده و لم يقل شيئا ثم ضاع يضمن، لأنه ثبت الوديعة عرفاً، فهو مستحفظ دلالة، ولو قال: أنا لا أقبل الوديعة، فترك عنده ثم ضاع، لم يضمن لأنه صرح الرد.

٢٨٧- دابة أو متاع ترك عند جماعة فقام واحد منهم بعد واحد وضاع المتاع فالضمان على الأخير، وكذا في الخان[١] والرباط.

٢٨٨- رجل أودع عند رجل شيئا، ثم قال: إن جاء شخص بعلامة كذا فادفعه إليه، فجاء رجل بتلك العلامة فلم يصدقه ولم يدفع إليه حتى هلك في يده لم يضمن، لأنه يتصور تلك العلامة من غيره.

٢٨٩- رجل جاء عند قاض بوديعة ليودعها عنده فقال: زنها عندي، فقال: وزنتها عند عدلين وهي عشرة آلاف، فقال: زنها ثانيا، فوزنها فإذا هي تسعة آلاف، فقال القاضي: لو شققت ثوبي أكنتم تصدقونني في ذلك[٢]؟.

٢٩٠- رجل دخل في الخان، فقال لصاحب الخان: أين أربط الدابة، فقال: هناك، فربط ثم خرج، فضاعت الدابة، يضمن صاحب الخان، والله أعلم وأحكم.

---

[١] - الخان: الفندق والحانوت والمتجر، المعجم الوسيط.

[٢] - هكذا في النسخ الثلاث، وهو غير مفهوم.

كتاب العارية

٢٩١- العارية[١] جائزة، وهي تمليك المنافع بغير عوض، لأنها نوع احسان و برّ، ولهذا تنعقد بلفظ التمليك، سميت بذلك لتعريها عن العوض، وإنها مشتقة من العرية وهي العطية، وعلى هذا تكون العارية مشددة، وقيل: هي مشتقة من التعاور، وهو التناوب في المنفعة، وعلى هذا تكون مخففة، ولهذا اختصت بما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه، ألا يرى أن إعارة المكيل والموزون قرض، لأنه لا ينتفع به إلا باستهلاك العين، ولا تعود النوبة إليه في تلك العين بعد استهلاكها، وإنما تعود في مثلها، و[٢] ما يملك الانتفاع به على أن العين مضمونا عليه يكون قرضا، وقال الكرخي رحمه الله: هي إباحة الانتفاع بملك الغير، وهو قول الشافعي رحمه الله أيضا[٣]، لأنها تنعقد بلفظ الإباحة، وبدليل أنه لا يشترط فيها بيان المدة، والجهالة تمنع صحة التمليك، ولهذا يعمل فيه النهي، وبه

---

[١] - العارية: ما يستعار فيعار، مأخوذة من التعاور، وهو التداول، يقال: تعاورته الأيدي وتداولته أي أخذته هذه مرة، والعارية على وزن الفعيلة، وأصله عورية سكنت الواو تخفيفا، وصيرت ألفا لفتحة ما قبلها، والعارة بدون الياء كذلك (طلبة الطلبة: ص: ٢٠٣).

[٢] - في (م): "او".

[٣] - إباحة المنفعة للمستعير بغير امتلاك (المجموع ٤١/١٥).

قال الشافعي[1]، ولهذا ليس له أن يعير غيره عنده[2]، لأن المبـــاح لـــه لا يملك أن يبيح غيره.

٢٩٢- وموجب العارية تملك المنفعة عندنا، لأنها تملك بعـــوض كالإجارة فتملك بغير عوض كالعارية[3]، فالمالك يملك التمليك من الغيـــر كالمستأجر، ولهذا يجوز[4] للمستعير أن يعير ما استعاره للركوب والحمل إذا كانت مطلقة في الانتفاع والوقت[5]، حتى لو ركب هو لـــيس لـــه أن يركب غيره، ولو أركب غيره ليس له أن يركبه، ولو عينها بأن قـــال: يركب فلان يوما، فليس له أن يجاوز فيما سماه، وكذا لو عين لأحدهما دون الآخر.

٢٩٣- ولو استعار دابة إلى موضع معلوم، فذهب بها إلى غيـــر ذلك الموضع المسمى وهو أقرب من المسمى يـــضمن[6]، ولـــو ســـمى

---

[1] - ر: فتح العزيز مع المجموع ١٣٣/٨.

[2] - وليس له أن يعيره غيره، وهذا هو الوجه الأصح عندنا (المجموع ٥٥/١٥، ٦٦).

[3] - وفي النسخ الثلاث: "كالعين" والصواب ما كتبناه.

[4] - في (ن،ع): "يجوز" ساقط.

[5] - والعارية على أربعة أوجه، أحدها: أن تكون مطلقة في الوقت والانتفاع، والثاني: أن تكون مقيدة فيهما، والثالث: أن تكون مقيدة في حق الوقت، مطلقة في حق الانتفاع، والرابع: عكسه، (الهداية٢٨١/٤) وفي المطلقة يعتبر المتعارف (ر: الغياثية:ص: ١٢٥)

[6] - هذا إذا كان ذاهبا إليه لا غير، وإن استعار ذاهبا وجائيا، ثم عاد إلى الوفاق، يبرأ كالمودع مطلقا، وهو الأصح والمختار (ر: الغياثية:ص: ١٢٤).

للعارية وقتا فمضى الوقت ولم يردها مع القدرة إلى الرد يضمن، سواء استعمل بها أو لم يستعمل.

٢٩٤- وللمعير[١] أن يرجع عن العارية متى شاء، لأن المنافع تحدث ساعة فساعة، فيثبت الملك على حسب حدوثها، وبالنسبة إلى المنافع التي لم توجد يكون الرجوع امتناعا عن التمليك، وللمملك ولاية الامتناع، كما لو وهب شيئا ولم يسلمه إليه.

٢٩٥- والعارية أمانة في يده، إذا هلكت من غير تعد فلا ضمان عليه عندنا، سواء هلكت من استعماله أو من غير استعماله، لأنه قبض العين للإنتفاع به بإذن صحيح، فلا يكون مضمونا عليه كالمستأجر، وقال الشافعي رحمه الله: إن هلكت باستعماله المعتاد لا يضمن، وإن هلكت بغير استعماله المعتاد يضمن[٢]، لأنه قبض مال الغير لنفسه، لا عن استحقاق مقدم، كالمقبوض على سوم الشراء.

ولو شرط الضمان عليه عند الدفع يضمن إذا هلك عنده.

٢٩٦- ولو قال صاحب المتاع: لا تدفعه إلى آخر، فدفعه يضمن، هذا فيما لا يختلف باختلاف المستعمل، وله أن يعيره عند الإطلاق إذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل كسكنى الدار وخدمة العبد، ومما

---

[١] - في (ن): "لا للمعير".

[٢] - والصواب أن العارية مضمونه عند الشافعي مطلقاً، سواء هلكت باستعماله المعتاد أو بغير المعتاد، ففي مختصر المزني، قال الشافعي: وكل عارية مضمونة على المستعير وإن تلفت من غير فعله (مختصر المزني: ص: ١١٦).

يختلف فيه لا يجوز[1] كلبس الثوب والركوب، وليس له أن يواجره[2]، لأنه فوقه، لأنه[3] لا يتضمن بما هو فوقه ويتضمن بما دونه.

٢٩٧- ليس للأب أن يعير متاع ولده الصغير، وكذا ليس لـــه أن يقرض ماله، لأن القرض إعارة، ولهذا يصح بلفظ الإعارة، وكل من لا يملك التبرع كالصبي[4] لا يملك القرض والإعارة.

٢٩٨- رجل استعار شيئا فضاع عنده، ثم طلبه صاحبه، وهـــو لا يخبره بالضياع ووعده الرد، ثم أخبره بالضياع يضمن، وقيـــل: إن لـــم يكن آيساً[5] من وجوده لا يضمن.

٢٩٩- رجل استعار شيئا فطلبه صاحبه، فقال المستعير: أدفـــع، وفرط فيه حتى ضاع، إن كان قادرا على الرد وقت الطلب يـــضمن، وإلا فلا.

---

[1] – وفي الهداية: وهي على أربعة أوجه: أحدها أن تكون مطلقة في الوقت والانتفاع وللمستعير فيه أن ينتفع به أي نوع شاء في أي وقت شاء، والثاني: أن تكون مقيدة فيهما، وليس له أن يجاوز فيه ما سماه عملاً بالتقييد... والثالث: أن تكون مقيدة في حق الوقت مطلقة في حق الانتفاع، والرابع: عكسه، وليس له أن يتعدى ما سماه (الهداية مع تكملة شرح فتح القدير ١٢/٩-١٣، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان).

[2] – وفي النسخ الثلاث: "يستاجره" والصواب ما كتبناه كما في الهداية (الهداية مع تكملة فتح القدير ٩/٩، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان).

[3] – كذا في النسخ الثلاث، وفي الهداية: "والشيء" وهو الصواب (المصدر السابق).

[4] – في (م):" كالصبي" ساقط.

[5] – في (ن، ع): "ناسياً".

٣٠٠- رجل استعار دابة فنام في المفازة ومقودها في يده، فجاء إنسان وقطع المقود وأخذ الدابة لا يضمن، وإن أخرج المقود من يده يضمن، هذا إذا كان نام مضطجعاً، أما إذا نام جالسا والمقود في يده لم يضمن.

٣٠١- رجل استعار دابة إلى الطاحونة، فشدها في باب الطاحونة فضاعت لا يضمن.

٣٠٢- رجل استعار من رجل ثورا، فقال صاحبه: أعطيك غدا، فجاء غدا وأخذه بغير أمره يضمن إذا هلك.

٣٠٣- رجل أخذ كوز الفقاع ليشرب، فسقط من يده وانكسر لا ضمان عليه، لأنه عارية[1]، فكذا الحكم في قصاع الحمام، وكذا لو أخذ الكوز من دكان الخزاف[2] بإذن صاحبه.

٣٠٤- وإن استعار عينا فردها إلى دار المالك ولم يسلمها إليه لا يضمن، لأن العارية ترد هكذا كآلة البيت، إلا إذا كان عقد جوهر أو مثله فإنها لا ترد إلى داره ولا إلى خادمه، وإنما ترد إلى يده، كرد الغصب والوديعة.

٣٠٥- ولو رد الدابة إلى الأصطبل لا يضمن استحسانا، ولو ردها مع عبده أو أجيره أو عبد صاحب الدابة لا يضمن، ولو ردها في يد أجنبي يضمن، ودلت المسألة على أن المستعير لا يملك الإيداع

---

[1] - وهو قول الفقيه أبي بكر البلخي، قيل: هذا إذا لم يكن من سوء إمساكه، فإن كان من سوء إمساكه يكون ضامنا (الخانية بهامش الهندية ٣٨٦/٣).

[2] - في (م): "الحزاف".

قصداً، كما قاله البعض[1]، وقيل: يملكه قصدا[2]، لأنه دون الإعارة، وعليه الفتوى، فالحاصل أن المملك يملك. والمباح لا يباح، والوديعة لا تودع قصداً ولا تعار، لأنه فوقه، والعارية تعار عندنا في الإعارة المطلقة إذا كان مما لا يختلف بإختلاف المستعمل، ولا تؤاجر، لأنه فوقه، وفي ايداعها قصداً اختلاف، والأصح أنه يصح، لأنه دونه، والمستأجر يؤاجر فيما لا يختلف فيه باختلاف المستعمل، ويعار ويودع، لأنه دونه، ولا يرهن، والرهن لا يرهن ولا يعار ولا يؤاجر ولا يودع، إلا باتفاق الراهن والمرتهن، والله أعلم.

---

[1] - منهم الكرخي (تكملة فتح القدير ١٨/٩).

[2] - وهو قول مشايخ العراق، وأولوا هذه المسألة بانتهاء الإعارة لانقضاء مدتها (المصدر السابق).

كتاب الشركة

٣٠٦- الشركة[١] عبارة عن اختلاط النصيبين لا يفرق أحدهما من الآخر[٢]، ويطلق على العقد وإن لم يوجد الاختلاط.

٣٠٧- والشركة جائزة في الأملاك والعقود، كالبيع والشراء والإجارة وغير ذلك مما يصح فيه الاشتراك، وما يلزم[٣] أحدهما من موجباتها يلزم الآخر، كالثمن والأجرة، ومنها: مالا يصح الاشتراك فيه، كالنكاح والصلح عن دم العمد، فيلزم المهر على الزوج، لأن النبي -ﷺ- بعث والناس يتعاملون بها، فقررهم -ﷺ-[٤].

٣٠٨- وهي ضربان: شركة أملاك، وهو: أن يرث الرجلان عينا أو يملكانها بالشراء أو الهبة أو الصدقة أو الاستيلاء[٥] أو اختلط مالهما

---

١ - الشركة: الخلطة، والشرك بدون الها: النصيب، قال تعالى: ﴿أم لهم شرك في السماوات﴾ (الاحقاف:٤) أي النصيب، (طلبة الطلبة: ٢٥).

٢ - في العناية: وهي عبارة عن اختلاط نصيبين فصاعدا بحيث لا يعرف أحد النصيبين من الآخر (ر: العناية مع الفتح ٦/ ١٥٢).

٣ - وفي (ن): "ما لا يلزم".

٤ - أحاديث تدل على الشركة ساقها الزيلعي في نصب الراية (ر: ٣/٤٧٤).

٥ - أي بأن استوليا على مال حربي يملك ماله بالاستيلاء (فتح القدير ٦/١٤٥ كتاب الشركة، دار الكتب العلمية، رد المحتار ٤/٣٠٠).

من غير صنع أحدهما أو يخلطهما خلطا لا يمكن التمييز[1].

٣٠٩- وركنها: اجتماع النصيبين.

٣١٠- وحكمها: أن يكون كل واحد من الشريكين في نصيب الآخر كالأجنبي، لا يجوز له التصرف فيه إلا بإذن صاحبه. أما في نصيب نفسه يجوز له التصرف فيه بغير إذن شريكه، سواء باع نصيبه من شريكه أو من غيره، أما في الخلط والاختلاط فإنه لا يجوز بيعه من غيره إلا بإذنه، لأنها مجاورة لا شركة، لا عقداً ولا دلالةً.

٣١١- أما شركة العقود[2]: مفاوضة[3]، وعنان[4]، وشركة الوجوه[5]،

---

[1] - أولا يمكن إلا بحرج كخلط الحنطة بالشعير(الخانية بهامش الهندية ٦١٢/٣).

[2] - يناسب أن يكون هنا: "هي".

[3] - وأما شركة المفاوضة فهي أن يشترك الرجلان فيتساويان في مالهما وتصرفهما ودينهما، ويكون كل منهما كفيلاً عن الآخر في كل ما يلزمه من عهدة ما يشتريه كما أنه وكيل عنه، لأنها شركة عامة يفوض كل منهما إلى صاحبه على العموم (الهداية مع فتح القدير ١٤٧/٦، كتاب الشركة، دار الكتب العلمية)، وفي الخانية: والمفاوضة هي أن تكون في جميع التجارات، لا يختص أحدهما بتجارة دون صاحبه (الخانية بهامش الهندية ٦١٨/٣).

[4] - صورة هذه الشركة أن يشترك اثنان في نوع خاص من التجارات نحو البر والطعام، أو يشتركان في عموم التجارة (المصدر السابق).

[5] - صورتها أن يشترك الرجلان من غير مال ولا عمل على أن يشتريا شيئا بالنسيئة و يبيعا بالنقد، وما حصل فهو بينهما، أو خصا فقالا على أن ماشتراه من البر فهو بينهما نصفين، أو شرطا لأحدهما الثلثين وللآخر الثلث، فهو كما شرطا، والربح يكون على قدر الملك (ر: المصدر السابق ٦٢٣/٣، والسراجية ص: ٨٦).

وشركة الصنائع[1]، وهذه كلها جائزة عندنا، وقال الشافعي رحمه الله: لا تجوز المفاوضة، وهو القياس، وكذا شركة الوجوه والصنائع[2]، لأنه لا يمكن تحققها إلا باقتضاء الوكالة والكفالة[3] فيها[4]، والوكالة بمجهول الجنس أو الكفالة بشخص مجهول لا يصح، ولا يمكن تحقيقها كالعموم فلا يصح، وقال مالك رحمه الله: "لا أدري ما المفاوضة[5]"

٣١٢- وركن شركة العقود: الإيجاب والقبول، وموجبها: أن يكون كل واحد منهما وكيلا عن صاحبه.

٣١٣- ومن شرط المفاوضة الوكالة في أعمال التجارة وتوابعها[6]،

---

[1] - وهي عبرت بشركة الأعمال أيضا، وهي تسمى شركة التقبل، إذا اشتركا على أن يعملا على أن ما رزق الله تعالى من شيء فهو بينهما، اتفقت صناعتهما أو اختلفت، كالحائك والخياط ونحوهما، وهذه الشركة تكون مفاوضة وقد تكون عنانا باستجماع شرائطهما (ر: المصدرين السابقين ٣/٦٢٠، ٦٢١، وص: ٨٥). قال العلامة ابن عابدين الشامي: وهي ستة: شركة بالمال، وبالأعمال، ووجوه، وكل إما مفاوضة أو عنان، كما قال الشيخان الطحاوي والكرخي، وجرى عليه الزيلعي وغيره (رد المحتار ٤/٣٠٩).

[2] - ر: المجموع شرح المهذب، "مذاهب العلماء في شركةالعنان": ١٤/ ٣٣.

[3] - أي يكون كل واحد من الشريكين فيما وجب لصاحبه بمنزلة الوكيل وفيما وجب عليه بمنزلة الكفيل عنه.

[4] - "فيها" ساقط في (م).

[5] - صرح الإمام سحنون خلافه بأن الإمام مالك يعرف المفاوضة لا العنان (المدونة الكبرى، الشركة في المفاوضة ٤/٣٧).

[6] - ومن شرائطها: أن يكون كل واحد من الشريكين عاقلين بالغين متفقين في

والكفالة في ضمان التجارة ولواحقها، وما ذكر من الفساد لا يعتبر، لأن هذه الوكالة والكفالة تثبت ضمناً لا قصداً، فتجوز كما فـي المـضاربة والعنان، لأن التصرف في مال الغير لا يجوز إلا بولايـة أو وكالـة[1]، ولا ولاية فيه، فيتضمن الوكالة لصحة تصرفه فيه[2]، وأما الكفالة يتضمن فيها لتحقق المساواة فيما هو من واجب التجارة، ولو كفل أحدهما بـأمر المكفول عنه لزم صاحبه عند أبي حنيفة إن كان بأمره، وإلا فلا[3].

٣١٤- ولو غصب أحدهما مالا واستهلكه، يلزم على شريكه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وكذا في استهلاك العاريـة والوديعـة،

الدين، وأن يكون رأس مالهما على السواء، والـربح نـصفين، وأن يـتلفظ المفاوضة، وأن لا يكون لكل واحد منهما من المال الذي يجوز عليـه عقـد الشركة سوى رأس المال الذي شاركه به صاحبه ابتداء وانتهاء (ملخص من السراجية ص: ٨٥، والغياثية ص: ١٢٦، الخانية بهامش الهنديـة ٦١٨/٣) ولا بد أن يكون رأس المال حاضرا في المجلس، أو غائبـا يحـضره عنـد الشراء في المفاوضة والعنان جميعا (الخانيـة بهـامش الهنديـة ٣١٦/٣، والبزازية بهامشها ٢٢٥/٦).

[1] - انظر الهداية مع الفتح ١٦/٦.

[2] - العبارة: "فيتضمن الوكالة لصحة تصرفه فيه" ساقطة من (م).

[3] - خلافا لصاحبيه، فلا يلزم صاحبه عندهما، لأن الكفيل متبرع، وله أنها تبرع ابتداءً ومعاوضة انتهاءً، وما ذكره العلامة ابن عابدين الشامي في ردالمحتار (٣٠٨/٤، ٣٠٩) يؤمي إلى ترجيح قول الإمام، وأما كفالة المال بـلا أمـر، فإنه لا يلزم صاحبه في الصحيح لانعدام المعاوضة (ر: المـصدر الـسابق، والفتح ١٦٢/٦، والخانية بهامش الهندية ٦١٩/٣).

والاستواء في رأس المال ابتداء وانتهاء شرط.

٣١٥- ومن شرط العنان الوكالة دون الكفالة، ولا يشترط خلــط المالين عندنا خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله، وكذا تسليم المال لــيس بشرط بخلاف المضاربة، ويصح إن تساويا في المال ويتفاضــلا فــي الربح أو على عكسه عندنا خلافا لزفر رحمه الله.

٣١٦- ولو شرط العمل على أحدهما دون الآخر، فمال الآخر عند صاحبه بضاعة، فالربح له والوضيعة عليه.

٣١٧- ولا تصح الشركة إلا بالدراهم والدنانير والفلوس النافقــة، ولا يجوز بما سوى ذلك؛ لأن غيرها يتعين بالتعيين، فيؤدي إلى ربــح مالم يضمن، لأن أول التصرف في العروض البيع، والعروض متعــين بخلاف النقود، فإن أول التصرف فيها الشراء والثمن في الذمة، إذ هي لا تتعين فلا تؤدي إلى ربح مالم يضمن، ألا يرى أنه لو باع ماله علــى أن يكون الآخر شريكا في ثمنه لا يجوز.

٣١٨- ولو اشترى شيئا بماله على أن يكون المبيع[١] بينــه وبــين الآخر يجوز.

٣١٩- وأما التبر إن كان يروج رواج الثمن[٢] يجــوز، وإلا فــلا،

---

[١] - في (ن،ع): "البيع".

[٢] - وهو قول محمد وأحد الروايتين عن أبي يوسف، خلافا لأبي حنيفــة وأبــي يوسف في قول، ولكن قول محمد أقيس وأظهر، نقــل ابــن الهمــام قــول الإسبيجابي: الصحيح أن عقد الشركة على الفلوس يجوز على قول الكل وهو الأصح (ر: الهداية وفتح القدير ١٧٠/٦، التبيين ٣١٧/٣).

لأنه بمنزلة السلعة، وقال مالك: تجوز الشركة بالعروض والمكيل والموزون والعدديات المتقاربة إذا كان الجنس واحدا فأشبه النقود[1]، بخلاف المضاربة، لأن القياس يأبى جوازها فلا يجوز بغير النقود، فاقتصر على مورده[2]، وعندنا قبل الخلط لا يجوز[3]، وإن خلطا ثم اشتركا فكذلك عند أبي يوسف رحمه الله، فيكون شركة ملك لا عقد، وعند محمد رحمه الله يكون شركة عقد.

٣٢٠- وإن أراد الشركة بالعروض باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر تم عقد الشركة، ثم إذا فعلا ذلك يصير شركة أملاك لا شركة عقود، وإذا صحت الشركة يجوز له أن يتصرف فيه من تصرفات التجارة كالإبضاع والاستيجار والإيداع، وفي دفعه مضاربة خلاف، والأصح أنه يصح، لأنها دون الشركة حيث لا يملكها، لأن الشيء لا يستتبع مثله.

٣٢١- ثم الربح على ما شرطا، والوضيعة على قدر المالين، وهو المأثور عن علي رضي الله عنه[4]، وإن شرطا جميع الربح لآخر لا

---

[1] - ر: المدونة الكبرى، في الشركة بالعروض ٤/٣٠، ٣١.

[2] - روي عن عروة يعني ابن أبي الجعد البارقي قال: أعطاه النبي -ﷺ- دينارا يشتري به أضحية أو شاة فاشترى شاتين، فباع إحداهما بدينار فأتاه بشاة ودينار، فدعا له بالبركة في بيعه، فكان لو اشترى ترابا لربح فيه، (أبوداود: البيوع، باب في المضارب ٢/٤٨٠).

[3] - في (ن،ع): "يجوز" بدون "لا".

[4] - قال علي رضي الله عنه: "الربح على ما اصطلحا عليه، والوضيعة على قدر

يجوز، لأنه لم يبق شركة، وإن شرطا الربح والوضيعة نصفين، لا يجوز الشرط لأنه شرط فاسد، ولا يبطل العقد بالشرط الفاسد.

٣٢٢- والشركة تبطل بموت أحد الشريكين، لأنها تتضمن الوكالة، والوكالة تبطل بالموت، وإذا فسدت الشركة فالربح على قدر رأس المال كالوضيعة، ويبطل شرط التفاضل كالمزارعة الفاسدة، وإذا فسدت الشركة لا يبقى حكم الشركة، وإن كان المال عروضا، بخلاف عزل المضارب، حيث يجوز له أن يبيع العروض بعد ما فسدت، حتى ينقد رأس المأل[١] عندنا، خلافا للشافعي حتى تجوز شركة الصنائع والوجوه، لأن الشركة في الربح مسندة إلى العقود دون المال، واتحاد[٢] العمل والمكان ليس بشرط عندنا، خلافا لزفر ومالك رحمهما الله[٣].

٣٢٣- رجلان اشتركا واشتريا أمتعة، ثم قال أحدهما لشريكه: لا أعمل معك بالشركة، ثم غاب أياما، فعمل الآخر بالأمتعة، فالحاصل منه للعامل في الربح، وهو يضمن قيمة نصيب شريكه، لأنها انفسخت الشركة حكماً.

٣٢٤- أحد الشريكين نهى صاحبه عن بيع النسيئة يجوز نهيه ابتداء وانتهاء.

رؤوس المال" (موسوعة فقه علي بن أبي طالب: ص: ٣٤٩، نقلا عن مسند زيد بن علي ٤/٦).

١- "رأس المال" ساقط في (ع).

٢ - في (م): "إيجاد العمل".

٣ - ر: المدونة الكبرى ٤/ ٢٢، ٢٣، ٣٣.

٣٢٥- ولو باع أحدهما شيئا، وأجّل في الثمن يصح في النصيبين بالإجماع، ولو أجّل صاحبه يصح في نصيبه عند أبي يوسف و محمد رحمهما الله.

٣٢٦- إمرأة أعطت بذر الفليق إلى إمرأة أخرى وقامت هي وأطعمت[1] الأوراق عليها حتى أدركت، فالقياس أنه لصاحبة البذور، وللأخرى[2] قيمة الأوراق وأجر المثل[3]، فالحيلة فيها أن يقرضه نصف البذر أو يبيعه وكذا في الأوراق والعمل.

٣٢٧- أحد الشريكين يؤاخذ بما يلتزم صاحبه من العمل والغرم.

٣٢٨- شريك الدار إذا غاب فلشريكه الآخر[4] أن يسكن جميع الدار استحساناً، لأنه لو لم يسكنها خربت الدار[5].

٣٢٩- ولو دفع بقرة لآخر على أن يكون السمن بينهما نصفين، فالسمن لصاحب البقرة، وفي بعض النسخ فالسمن للمستأجر وعليه مثل

---

[1] - في (ن،ع): "وقامت فهي ربت وأطعمت الأوراق".

[2] - في (ن،ع): "للآخر".

[3] - في الهندية: أعطى بذر الفليق رجلاً ليقوم عليه ويغطيه بالأوراق على أن ما حصل فهو بينهما فقام عليه ذلك الرجل حتى أدرك فالفليق لصاحب البذر، وللرجل الذي قام عليه قيمة الأوراق وأجر مثله على صاحب البذر، ولو كان من أحدهما البذر والأوراق ومن الآخر العمل فالفليق لصاحب البذر وللعامل أجر مثل عمله (الفتاوى الهندية ٣٣٤/٢، في الشركة الفاسدة).

[4] - في (م): "الآخر" ساقط.

[5] - وهو مروي عن الإمام محمد رحمه الله (الخانية بهامش الهندية ٦١٧/٣).

اللبن لمالكه، لأنه انقطع حق المالك منه بفعله، وعلى المالك قيمة العلف وأجرة قيام المستأجر، لأنه غير متبرع، وفي اللبن اختلاف[1]، فالحيلة فيه أن يبيعه نصف البقرة منه.

٣٣٠- وفي الدين المشترك إذا أراد أحدهما أن يأخذ نصيبه، ولا يشارك فيه شريكه، فالحيلة فيه أن يبيع من المطلوب كفا من الزبيب بقدر نصيب الدين، ويبرئه من نصيبه من الدين.

٣٣١- رجل قال لآخر: ما اشتريت[2] اليوم من أنواع التجارات فهو بيني وبينك، فهو جائز ويثبت فيه الشركة لآخر.

٣٣٢- رجل اشترى عبدا، فقال له آخر: أشركني فيه فأشركه، ثم قال آخر: أشركني فيه فأشركه، فإن كان الثاني علم مشاركة الأول فله ربع العبد، وإن لم يعلم فله نصفه، وللأول نصفه، ويخرج المشتري من البين[3].

٣٣٣- عبد بين رجلين، فقال أحدهما لرجل ثالث: أشركتك في هذا العبد ولم يخبر صاحبه، صار نصيبه بينهما نصفين[4] بخلاف مالو[5]

---

[1] - والصحيح أن كل ما يحصل فهو لصاحب البقرة(ر: الغياثية:ص: ١٢٧) واللبن من المحصول منها أيضا، نعم إن استعمله فعليه مثله، فتأمل.

[2] - في (ن،ع): "ما" ساقط.

[3] - وإن قاله الثاني ذلك بمحضر من الأول، ثم اشترى العبد، فإن العبد يكون بين المأمور وبين الآمر الثاني نصفين، ولا شيء للأول (الخانية بهامش الهندية ٦١٧/٣).

[4] - هذا هو القياس، وفي الاستحسان يكون العبد بينهم أثلاثا (الخانية بهامش الهندية ٦١٧/٣).

[5] - وفي (ن،ع): "لو" ساقط.

نقد أحد الشريكين جميع الثمن[1].

٣٣٤- إذا قال لصاحبه: أنا اشتري هذه الجارية لنفسي، فسكت شريكه لم يكن إجازة حتى يقول: نعم، فإذا قال: نعم، فهي له بغير شيء عند أبي حنيفة رحمه الله[2]، لأن الإذن يتضمن هبة نصيبه منه، لأن الوطء لا يحل إلا بالملك، بخلاف الطعام والكسوة.

٣٣٥- الشركة في المباحات، كالاحتطاب والاحتشاش والاصطياد لا يجوز، فالمأخوذ للآخذ وللمعين أجر مثله، ولو احتطب اثنين وخلطا فالحطب بينهما نصفين، ولا يقبل قول أحدهما في الزيادة.

٣٣٦- معلمان اشتركا في تعليم القرآن يجوز[3]، لأنه يجوز الاستيجار فيه، فتجوز الشركة[4]، والله أعلم.

---

[1] - "جميع الثمن" ساقط في (م).

[2] - وقالا: يرجع عليه بنصف الثمن، وما ذكره الزيلعي يؤمي إلى ترجيح قول الإمام (التبيين ٣٢٤/٣).

[3] - وهو المختار (البزازية بهامش الهندية ٢٢٧/٦).

[4] - "فتجوز الشركة" ساقط في (م).

كتاب المضاربة

٣٣٧- المضاربة مشتقة من الضرب في الأرض وهو السير فيها، لقوله تعالى: ﴿وإذا ضربتم في الأرض﴾[١] أي مشيتم، وفي الشرع: عبارة عن عقد بين اثنين، من جهة أحدهما المال، ومن جهة الآخر العمل، فالربح الحاصل منه بينهما على ما شرطا، سمي به لأن المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله.

٣٣٨- ومشروعيتها لحاجة الناس إليها، فإن الغني: بالمال والغني عن التصرف محتاج إلى التصرف، والفقير الذكي يحتاج إلى المال، فمست الحاجة إلى مشروعية هذا العقد لانتظام مصلحتهما[٢].

٣٣٩- وركنها: الإيجاب والقبول، ومن شرطها: أن يكون رأس المال دراهم أو دنانير مسلما إلى المضارب، حتى يتمكن التصرف فيه، والمال في يده أمانة ابتداءً، فإذا أراد أن يتصرف فيه يكون وكيلاً، وإذا ربح فيه يكون شريكاً، وإذا فسدت يكون أجيراً، وإذا خالف فيه يكون غاصباً، فيضمن[٣]، فالربح والوضيعة طيبة، ثم بأداء الضمان لا يطيب له

---

[١] - النساء:١٠١.

[٢] - وفي النسخ الثلاث: "مصلحتها".

[٣] - الأصل أن الضمان واجب بنفس المخالفة، لكنه غير قادر إلا بالشراء، فإنه على عرضية الزوال بالوفاق، وهو الصحيح كما في الهداية (ر: رد المحتار ٥/٦٥١).

الربح[1] عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله و يجب التصدق به، وإن عاد إلى الوفاق عادت المضاربة كالمودع إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق، وهذا يتحقق في المضاربة المقيدة بشرط.

٣٤٠- ومن شرطها: أن يكون الربح بينهما مشاعا، حتى لو شرطا لأحدهما دراهم مسماة من الربح فسدت المضاربة، والربح كله لرب المال، لأنه نماء ملكه، وللمضارب أجر المثل لا يجاوز به المسمى عند أبي يوسف رحمه الله خلافا لمحمد رحمه الله[2]، ويجب الأجر وإن لم يربح في رواية الأصل، وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يجب اعتباراً بالمضاربة الصحيحة. والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون.

٣٤١- ومن شرطها[3]: أن تكون مؤقتة بوقت معين، والتقييد بزمان مقيد كالتقييد بالمكان والنوع.

---

[1] - واختاره المشايخ في المشهور (جامع الرموز٣/٤١٩).

[2] - فإنما يجب عنده أجر عمله بالغا ما بلغ، وهو المختار عند صاحب الهداية على ما دل عليه كلام الكفاية، وقول أبي يوسف مختار عند صاحب الوقاية وشارحها العلامة القهستاني، وهذا الخلاف فيما ربح، وأما إذا لم يربح فلا أجر له عند أبي يوسف، وعند محمد يجب أجر المثل بالغا ما بلغ، وهو ظاهر الرواية (ر: فتح القدير والعناية ٤٤٩/٨، وجامع الرموز ٣٠٩/٣، ورد المحتار ٦٤٧/٥).

[3] - وشرائطها خمسة: أحدها: أنها لا تجوز إلا بالنقدين، الثاني: إعلام رأس المال عند العقد إما بالإشارة أو بالتسمية، ويكون مسلماً إلى المضارب، الثالث: أن يكون الربح شائعاً بينهما، الرابع: إعلام قدر الربح لكل واحد منهما، الخامس:

٣٤٢- وإن شرط جميع الربح لرب المال يصح، ويصير المال بضاعة في يده. وإن شرط جميع الربح للمضارب يجوز أيضاً ويصير المال في يده قرضاً.

٣٤٣- وإن شرط المضارب العمل على رب المال معه لا يجوز، لأنه يمنع التخلية، ولو شرط على عبده معه[١] يجوز، لأن للعبد يد معتبرة خصوصا عند اشتراط العمل عليه، وبه يصير مأذونا، ولو دفع شيئا من مال المضاربة إلى رب المال بضاعة يصح، وما اشترى به [رب المال][٢] فهو على المضاربة، لأنه يصير وكيلا منه في التصرف، وقال زفر رحمه الله: تفسد المضاربة؛ لأن رب المال يتصرف في مال نفسه، ولو دفع إليه مضاربة لا تجوز، لأن المضاربة إنما تجوز إذا كان العمل من المضارب.

٣٤٤- ولا تصح المضاربة بالعروض[٣] كما بينا في الشركة[٤]، لأن القياس يأبى جوازها، لأنه استئجار بأجر مجهول، إلا أن النص ورد في النقدين[٥]، فيراعى جميع ما ورد به النص.

أن يكون المشروط للمضارب من الربح حتى لو شرطه من رأس المال أو منهما فسدت (الاختيار لتعليل المختار ٢٠/٣، دار الكتب العلمية).

[١] - في (م): "معه" ساقط.

[٢] - ما بين القوسين ساقط من النسخ الثلاث زدناه من فتاوى النوازل ص: ٣٢).

[٣] - وهو الصحيح، وبه قال عامة العلماء (ر: البدائع ٨٣/٦).

[٤] - ر: نفس الكتاب ١٣٣/٣.

[٥] - وفي النسخ الثلاث: "التقدير" ولعل الصواب ما كتبناه من فتاوى النوازل.

٣٤٥- ولو دفع عروضا وقال: بعه واعمل مضاربة في ثمنه، جاز؛ لأنه توكيل و إجازة، فلا تمانع بينهما، وكذلك لو قال له: اقبض مالي على فلان واعمل به مضاربة، جاز له لما قلنا[١]، وإن قال له: اعمل بالدين الذي عليك حيث لا يجوز، لأنه لما اشترى شيئا، يقع الملك للآمر فيصير مضاربة بالعروض، لأن الدين لا يتعين إلا عند النقد، وهو حالة الشراء كان في الذمة[٢].

٣٤٦- وإذا صحت المضاربة جاز للمضارب أن يتصرف فيه صنوف التجارة وأنواعها بمطلق العقد، كالبيع والشراء والمسافرة[٣] والتوكيل والإيداع والإبضاع[٤] والرهن والارتهان والإجارة والاستئجار، ويبيع بالنقد والنسيئة لإطلاق الأمر، والمطلق شامل للمقادير أجمع، ولا يملك الإقراض، والهبة، والصدقة، لأنه ليس بتجارة، ولايملك الاستدانة[٥]

---

[١] - ولكن يكره لأنه اشترط لنفسه منفعة قبل العقد (ر: الدر المختار ورد المحتار ٦٤٨/٥).

[٢] - ولأنه قرض يجر منفعة، وهو غير جائز (ر: رد المحتار ٦٤٧/٥).

[٣] - "والمسافرة" ساقطة من (ن،ع).

[٤] - هو أن يكون المال للمبضع والعمل من الآخر، والربح كله لرب المال، فالدفع إلى الآخر من قبيل الاستعانة (حاشية الهداية للعلامة عبد الحي اللكنوي ٣٥٩/٣).

[٥] - الاستدانة: هي أن يشترى بالدراهم والدنانير بعد ما اشترى برأس المال (السراجية:ص: ١٣٥) كما إذا اشترى سلعة بثمن دين، وليس عنده من مال المضاربة شيء من جنس ذلك الثمن (رد المحتار ٦٥٠/٥).

على رب المال إلا بإذن صاحب المال صريحاً، لأنه تصرف بغير رأس المال[1]، والتوكيل مقيد برأس المال، فلا يحتمل أن يتجاوز عنه إلا أن يرضى عليه صاحب المال، فإذا استدان[2] فلا يبقى مضاربة، فيصير بمنزلة شركة الوجوه، فإذا ثبت هذا قلنا: مضارب معه ألف، فاشترى بها ثيابا، فجملها بمائة من عنده، فقد استدان عليه بعد استغراق رأس المال، فلا ينفذ عليه، فهو متبرع، وكذلك إذا قصرها بمائة من عند نفسه لا يصير شريكا، لأنه ليس فيه عين قائم به [بخلاف ما إذا صبغها من عنده صار شريكاً لأن الصبغ عين قائم به][3]، حتى إذا بيع كان له حصة الصبغ، ولهذا إذا صبغ الغاصب العين صار شريكا،{ولو قصرها أو جملها لا يصير شريكا[4]} فيصير مضارباً.

٣٤٧- وليس له أن يشتري من يعتق عليه، ولا على رب المال، لأن العقد وضع للربح، فلا يتحقق بهذا الربح، فإن اشترى من يعتق على رب المال يقع الشراء لنفسه دون المضاربة، كالوكيل بالشراء إذا خالف فيما أمر به، وإن لم يكن في المال ربح، جاز أن يشتري من يعتق عليه، لأنه لا شركة له فيه حتى يعتق، فإن زادت قيمته بعد الشراء يعتق

---

[1]- والحاصل أن المضارب يملك كل ما يكون من صنيع التجار، ولا يملك مالا يكون منه (ر: الدر المختار مع الرد ٥/٦٤٩).

[2] - في (م): "فإذا نص".

[3] - ما بين القوسين ساقط من النسخ الثلاث وقد زدناه من فتاوى النوازل لتصحيح المتن.

[4] - ما بين القوسين ساقط في (م).

نصيبه ولم يضمن لرب المال شيئا، لأنه لا صنع من جهته في زيادة القيمة، كما إذا ورثه مع غيره، ويسعى العبد في قيمة نصيبه. وإن كان في المال ربح[1] ليس له ذلك، فإن اشتراه ضمن قدر ما نقد من مال المضاربة[2]. وعن أبي يوسف رحمه الله: ليس للمضارب أن يسافر به، لأنه تعريض على الهلاك، وعن أبي حنيفة رحمه الله: إن دفع المال في بلده ليس له ذلك، وإن دفع في غير بلده له ذلك[3].

٣٤٨- ولا يدفع إلى آخر مضاربة إلا بالتنصيص من رب المال، أو التفويض المطلق إليه، لأن الشيء لا يتضمن مثله.

٣٤٩- ولو دفع إلى آخر مضاربة لم يضمن بالدفع إليه، ولا يتصرف المضارب الثاني فيه حتى يربح عند أبي حنيفة رحمه الله، لأن الدفع إليه إيداع أو بضاعة فيملكها، وأما الربح فيه فهو إثبات الشركة فيه فيضمن به، وعندهما: يضمن بتصرف الثاني، لأن المضاربة تتحقق به[4]، وعند زفر رحمه الله: يضمن بالدفع إليه.

---

[1] - هو أن تكون قيمة هذا العبد أكثر من كل رأس المال(الدر المختار٢/ ٦١٨).

[2] - مع ربح نصيب رب المال(ر:رد المحتار ٥/٦٥٢).

[3] - وفي المضاربة المطلقة يجوز له السفر برّا وبحرا في ظاهر الرواية، وليس له أن يسافر سفرا مخوفا يتحامى الناس عنه في قولهم، وهو الصحيح كذا في فتاوى قاضي خان بهامش الهندية (١٦٧/٣)، الهندية: (٢٩٣/٤، الباب الرابع فيما يملك المضارب من التصرفات ومالا يملك).

[4] - وعليه الفتوى، كما في المضمرات (جامع الرموز ٤١٢/٣) وفي الهداية: "وقالا: إذا عمل به ضمن، ربح أو لم يربح، وهذا ظاهر الرواية" (٢٦٣/٣)

٣٥٠- وإن خص رب المال التصرف في بلدة بعينها، أو في نوع تجارة منها، أو مع شخص معين، لم يجز له أن يتجاوز ذلك، لأنه توكيل، وفي التخصيص فائدة، بخلاف العبد إذا أطلق في نوع من التصرف يتناول الأنواع كلها، لأن فيه رفع الحجر عنه فلا يتقيد بنوع، والمضاربة توكيل فتتقيد بوقت من الزمان كما تتقيد من المكان.

٣٥١- فإذا أراد رب المال أن يكون المضارب ضامنا، فالحيلة فيه أن يقرض المال منه ويسلمه إليه، ثم يأخذ منه مضاربة ثم يضع المال بعد ذلك، وقيل: يقرض المال إلا درهما، ثم يشاركه بالدراهم على ربح ما شرطا.

٣٥٢- المضارب أو الشريك إذا سافر فنفقته ونفقة من يعينه على العمل، ونفقة الدابة من مال المضاربة من غير إسراف، وله الإدام المعروف مثل اللحم وغيره، والفواكه المعتاد[١]، وقيل: نفقة الشريك غير مذكور في المبسوط، ولا تسقط نفقة المضارب منه بالإقامة مالم يرجع إلى وطنه، وإذا رجع إلى مصره يرد ما بقي من النفقة إلى رأس المال، ولو سافر بماله ومال المضاربة فالنفقة من المالين بالحصص.

٣٥٣- ولو خرج إلى ما دون السفر، إن كان بحيث يغدو ويروح فيبيت بأهله فهو بمنزلة الخروج إلى السوق فنفقته في ماله، وإن كان

ونقل رجوع أبي يوسف إلى قول زفر (العناية مع الفتح ٤٦١/٨، باب المضارب يضارب).

[١] - بل كل ما يحتاجه في عادة التجار بالمعروف (الدر المختار ٦٢١/٢).

بحيث لا يبيت بأهله، فنفقته من مال المضاربة، ومن ذلك غسل ثيابه، وأجرة أجير يخدمه، وعلف دابة يركبها[1].

٣٥٤- أما الدواء ففي ظاهر الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله من مال المضاربة أيضاً، لأنه إصلاح بدنه، فصار كالنفقة.

٣٥٥- وإذا مات رب المال أو المضارب بطلت المضاربة لما أنه توكيل، والوكالة تبطل بالموت.

٣٥٦- وإذا عزل رب المال المضارب لا ينعزل حتى يعلم، وعزله يتوقف على علمه، لأنه عزل قصدي، ولأن العزل نهي، والأحكام المتعلقة بالأمر لا يؤثر فيها النهي إلا بعد العلم، كأوامر الشرع ونواهيه، فإذا عزل، إن كان في يده جنس رأس المال، ليس له أن يتصرف فيه بعده، فإن كان رأس المال دراهم وفي يده دنانير أو على عكسه، له أن يبيعها[2] استحساناً، وصار كالعروض، ولو كان في يده عروض، له أن يبيعها بجنس رأس المال، ولا يمنعه العزل من ذلك للحاجة، ثم لا يجوز أن يتصرف فيه لعدم الحاجة، ولو باعها بغير جنس رأس المال، لا يجوز التصرف قياساً.

---

[1] - في (ن،ع): "تركبها".

[2] - أي له أن يبيعها بجنس رأس المال استحساناً، لأن الربح لا يظهر إلا به (الجوهرة النيرة ٣٥٦/١).

٣٥٧- وإن كان فيه دين[١] على الناس، إن أخذ الربح أجبره الحاكم على اقتضائه كالبياع[٢] والسمسار[٣]، وإن لم يأخذ الربح لا يجبره عليه، ويقال له: وكّل رب المال في الاقتضاء، أو يقال له: أجّل عليه.

٣٥٨- وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح دون رأس المال، لأن الربح تابع، وصرف الهلاك إلى التبع أولى، كما يصرف الهلاك إلى العفو في الزكاة، أما إذا زاد الهلاك على الربح فلا ضمان على المضارب، لأنه أمين.

٣٥٩- وإذا اختلف المضارب مع رب المال، فقال المضارب: دفعت إليّ ألفاً وربحت فيه ألفاً، وقال رب المال: دفعت إليك ألفين، فالقول قول رب المال عند زفر، وهو قول أبي حنيفة الأول[٤]، لأن المضارب يدعي الشركة فيه، ورب المال ينكر، ثم رجع أبوحنيفة رحمه الله وقال: القول قول المضارب فيه[٥]؛ لأنه هو القابض، وهو أعرف حال

---

[١] - لفظ "دين" ساقط من (ن)، وتوضيحه: إذا افترقا وفي المال ديون وقد ربح المضارب فيه أجبره الحاكم على قضاء الديون كالسمسار والبياع بالأجر يجبران على الاقتضاء لأنهما يعملان بالأجر فكان الأجر لهما بدل عملهما، وإن لم يكن في المال ربح لم يلزمه الاقتضاء (الجوهرة النيرة ٣٥٧/١، ط: كراتشي).

[٢] - هو من باع مال الناس بأجر (جامع الرموز ٤١٣/٣).

[٣] - السمسار: بالكسر المتوسط بين البائع والمشتري، كما ذكره الزمخشري والمطرزي وابن الأثير والفيروزآبادي، (المصدر السابق).

[٤] - في (ن،ع): "الأول" ساقط.

[٥] - وهو قول الصاحبين أبي يوسف ومحمد وعليه المتون (ر: التبيين ٧٥/٥، والسراجية: ص: ١٣٥).

المقبوض في مثل هذا القول، قول القابض سواء كان ضمينا أو أمينا.

٣٦٠- ولو اختلفا في مقدار الربح في أول العقد، فالقول قول رب المال، لأن الشرط مستفاد من جهته، وهو أعرف فيه.

٣٦١- وإذا دفع إلى عبده المأذون مالاً مضاربة، فاشترى منه نفسه جاز، وصار محجوراً ويكون لرب المال، ولو دفع مالاً مضاربة إلى جاهل جاز أن يأخذ ربحه مالم يعلم أنه اكتسب من الحرام.

كتاب الصيد والذبائح

٣٦٢- الصيد هو الاصطياد لغةً، وقد يطلق على ما يصاد، وشرط ثبوت الملك فيه كون الصيد غير مملوك لأحد، وسبب ثبوت الملك الأخذ وثبوت الملك فيه حكم الاصطياد، والحل فيه حكم الذكاة أو ما قام مقامها.

٣٦٣- وشرط الحل فيه أن يكون الصائد والذابح من أهل الذكاة، بأن يعقل الذبح والتسمية، وأن يكون صاحب ملة التوحيد اعتقاداً كالمسلم أو دعوة كالكتابي، وأراد به إذا لم يعتقد أن المسيح إلهاً، فأما إذا اعتقد أنه إله لا يحل ذبيحته كذبيحة المجوسي، وكذا لو ذكر اسم المسيح لا يحل، والبالغ والصبي والعاقل والمرأة والمختون[١] والأخرس والأقلف فيه سواء.

٣٦٤- وهذا الفعل مباح لغير المحرم في غير الحرم بالنص[٢] والإجماع، وصيد المحرم لا يحل في الحل والحرم، وكذا لا يحل[٣] ما

---

[١] - في النسخ الثلاث: "المجنون"، والصواب "المختون" لأن صيد المجنون والصبي لا يؤكل إذا كانا لا يعقلان الذبح والتسمية (ر: الهندية ٤٢١/٥).

[٢] - هو قوله تعالى: ﴿وإذا حللتم فاصطادوا﴾ (المائدة:٢) وقوله عزوجل: ﴿أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعا لكم وللسيارة، وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما﴾ (المائدة:٩٦).

[٣] - "لا يحل" ساقط من (م).

ذبح في الحرم من الصيد سواء كان الذابح حلالا أو محرما، لأن هذا الصنع محرم فلم يكن ذكاة، بخلاف ما إذا ذبح المحرم غير الصيد في الحرم فإنه يحل، لأنه فعل مشروع.

٣٦٥- ويجوز اصطياد ما يؤكل لحمه من الحيوان وما لا يؤكل لإطلاق النص، والمقصود منه الانتفاع إما بلحمه أو بجلده أو بريشه أو لاستدفاع شره، وكل ذلك مشروع، ويؤثر ذلك في حله أو في طهارته.

٣٦٦- ويجوز الاصطياد بالليل لمطلق النص، والنهي[١] ورد للشفقة فيه.

٣٦٧- ثم الاصطياد نوعان: أحدهما بالجوارح والآخر بالرمي، والله أعلم.

---

[١] - لم أجده.

فصل في الجوارح

٣٦٨- يجوز الاصطياد بالكلب المعلم وسائر الجوارح المعلمة من كل ذي ناب من السباع، كالفهد والكلب وغيره، وكل ذى مخلب من الطيور كالبازي والصقر وغيرهما، لقوله تعالى: ﴿وما علمتم من الجوارح مكلبين﴾[1] أي معلمين إياها على الصيد، أي مسلطين من الكلاب أو الطيور، واسم الكلب يقع على كل سبع نحو الأسد وغيره، وعن أبي يوسف رحمه الله: استثنى الأسد والدب من ذلك، لأنهما لا يعملان[2] لغيرهما، الأسد لعلو همته، والدب لخساسته[3].

---

[1] - المائده:٤.

[2] - في (ن،ع): "يعملان" باسقاط "لا". انظر للتفصيل: (الهداية٤/٥٠٢).

[3] - قال المؤلف في الهداية: وألحق بهما بعضهم الحدأة لخساسته، والخنزير مستثنى؛ لأنه نجس العين، فلا يجوز الانتفاع به (٤/ ٥٠٢) لكن في ظاهر الرواية أمكن تعليم الكل، فشرط العلم لم يخرج الأسد والدب والحدأة كما ظن (جامع الرموز ٣/٤٦٠) وأما الخنزير، فهو أيضا داخل تحت قوله تعالى: ﴿وما علمتم من الجوارح﴾ كما جوزه القهستاني جعله آلة للصيد نظرا إلى عموم الآية قياساً على الكلب (ر: المصدر السابق) ولكن غيره من العلماء استثنوه من عمومها، لحرمة الانتفاع بنجس العين، وما ورد به نص بخصوصه حتى يتبع بل أمرنا باجتنابه، فلا يصح قياسه على الكلب المنصوص عليه، ولذا جزم باستثنائه المؤلف والكاساني والزيلعي وصاحب الاختيار والحصكفي، وإليه مال العلامة ابن عابدين الشامي (رد المحتار ٥/٤٦٤).

٣٦٩- وتعليم الكلب أن يترك الأكل ثلاث مرات، وإنما اشترطنا الثلاث، لأن الترك فيما دونه يحتمل من الشبع[١]، والثلاث جمع صحيح، ضربت لمدة الخيار وإبلاء[٢] الأعذار[٣]، وما اصطاده إلى الثلاث حرام، وفي الثالث اختلاف[٤]، وبعدما حكم بتعلمه أخذ صيوداً وما أكل، ثم أخذ فأكل منه لم يؤكل، لأنه علامة جهله فلا بد من التعليم مرة أخرى، كما قلنا في الأول.

٣٧٠- وما أخذ من الصيود من قبل إن كان باقيا لا يؤكل عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما[٥].

---

[١] - في (م،ع): "السبع"، والصواب ما كتبناه.

[٢] - في النسخ الثلاث: "الايلاء" والصواب ما كتبناه كما في الهداية: لأن الثلاث مدة ضربت للاختبار وإبلاء الأعذار كما في مدة الخيار (الهداية مع تكملة فتح القدير ١٣٤/١٠، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان).

[٣] - وعن الإمام روايتان: الأولى أنه مفوض إلى أرباب الصناعة، وهو ظاهر الرواية (ر: البدائع ٥٣/٥، وجامع الرموز ٤٦١/٣)، والأخرى رواها الحسن عنه، وهي تقدير الثلاث، وبه قال أبويوسف ومحمد، وهو ظاهر عند الزيلعي (تبيين الحقائق ٥١/٦)، وفي الهندية عن جواهر الأخلاطي: وهو الأصح (٤٢٢/٥) وعليه مشى في الكنز (الكنز مع البحر ٢٢١/٨) ومختصر القدوري (ص/٢٢٤).

[٤] - وعلى رواية التقدير عن الإمام يحل ما اصطاده ثالثاً، وعندهما في حل الثالث روايتان: والأصح أنه يحل، وفي ظاهر الرواية عنهما أنه لا يحل الثالث، وإنما يحل الرابع (ر: الهندية ٤٢٢/٥، والبزازية بهامشها ٢٩٧/٦، رد المحتار ٥٠/١٠).

[٥] - قول أبي حنيفة أقرب إلى الاحتياط، وهو الصحيح (رد المحتار ٥٤/١٠، دار الكتب العلمية).

٣٧١- ولو أخذ المرسل منه صيداً ثم ألقى قطعة لحم منه فأكل[١]، يؤكل ما بقي، لأنه لم يبق صيداً، وكذا لو أكل منه بعد ما أخذ صاحبه.

٣٧٢- وتعليم البازي أن يرجع إذا دعاه، وهو مأثور عن ابن عباس رضي الله عنهما[٢]، ولأن بدن الكلب يحتمل الضرب وبدن البازي لا يحتمل، ولأن الكلب مألوف، وعادته الانتهاب، وآية تعلمه ترك انتهابه العادة المألوفة، وهو ترك الأكل، وأما البازي متوحش متنفر، فآية تعلمه هو الإجابة عند الدعوة، لأنه ترك العادة المألوفة، وعن أبي حنيفة رحمه الله أن التعليم مفوض إلى رأي المبتلى به، كما هو أصله[٣].

٣٧٣- وإن أرسل كلبه أو بازيه، وذكر اسم الله تعالى عند إرسالهما، فأخذ الصيد وجرحه فمات، حل أكله، ولا بد من الجرح في أي موضع كان بنابه أو مخلبه في ظاهر الرواية، ليتحقق الذكاة الاضطراري، حتى لو خنقه ولم يجرحه[٤] لم يؤكل، لأن الكلب والبازي

---

[١] - في (م) "فأكل" ساقط.

[٢] - روى ابن جرير الطبري في تفسير" تعلمونهن مما علمكم الله" عن ابن عباس أنه قال في الطير إذا أرسلته فقتل، فكل، فإن الكلب إذا ضربته لم يعد، وإن تعليم الطير أن يرجع إلى صاحبه، وليس يضرب إذا أكل من الصيد و نتف من الريش، (جامع البيان في تاويل القرآن ٤٣٣/٤، ط دار الكتب العلمية).

[٣] - وفيه أيضا نفس الاختلاف بين الإمام وصاحبيه الذي مر في الكلب (تبيين الحقائق ٥١/٦).

[٤] - في (م،ع): "لم يخرجه".

آلة، والذبح لا يحصل[1] بمجرد الآلة إلا بالاستعمال، و إرساله بمنزلة إمرار السكين.

٣٧٤- ولو كسر عضواً منه فقتله، فعن أبي حنيفة رحمه الله لا بأس بأكله، لأنه جراحة باطنه كالجراحة الظاهرة[2]، وفي ظاهر الرواية لا يحل بالكسر مالم يجرح[3]، لأن الجرح لإنهار الدم، والكسر بمنزلة الخنق[4]، وكذا في الرمي حتى لو أصابه بعرضه لم يؤكل، لأن الذكاة اسم لفعل جارح له أثر في خروج الدم، إلا أن الكامل منها أن يقطع العروق التي هي مجرى الدم، وهو ذكاة الاختيار، والقاصر منها ما يجرحه[5] وهو ذكاة الاضطرار[6]، فإذا لم يجرحه فقد انعدم فعل الزكاة أصلا فلا يحل.

٣٧٥- وإن ترك التسمية عمداً عند إرسال الكلب لا يؤكل عندنا بالنص[7]، وإن تركها ناسياً أكل.

---

[1] - في (ن): "لا يحل".

[2] - أي أن الكسر جراحة في الباطن فيعتبر بالجراحة في الظاهر كذا في الهندية ٤٢٥/٥، دار الفكر

[3] - في النسخ الثلاث: "ما لم يخرج" والصواب ما كتبناه (الغياثية ص: ١٢٩).

[4] - واختلفت الروايات فيما وجد الجرح ولم يسل الدم، فالمختار ما قاله صاحب جامع الفتاوى: أنه يحل إذا وجد الجرح الصالح(الغياثية: ص: ١٢٩).

[5] - في (ن،ع): "يخرجه".

[6] - في (م): "الاضطرارية".

[7] - قوله تعالى: ﴿ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه﴾ (الأنعام:١٢١)، وقوله عزوجل: ﴿فكلوا ما أمسكن عليكم واذكروا اسم الله عليه﴾ (المائدة:٤).

٣٧٦- وإن أكل منه الكلب لم يؤكل، وإن أكل منه البازي أكل لما بينا[١]، وقال مالك[٢] والشافعي رحمهما الله[٣]: يباح ما أكل منه الكلب أيضا، وما اصطاده قبله، فما أكل لا يظهر فيه الحرمة لعدم المحلية، وما بقي في يده يحرم عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما[٤] لما مر، ولو شرب الكلب من دم الصيد يؤكل الصيد لأنه يدل على غاية تعلمه.

٣٧٧- وإن أدرك المرسل الصيد حياً وجب عليه أن يذكيه، لأن الذكاة الاختيارية أصل، وهو قطع الأوداج، وهو ما بين اللبة واللحيين، فإذا عجز عنها يصار إلى البدل، وهو ذكاة الاضطرار، وهو الجرح في أي موضع كان على قدر وسعه كما لو تردى من النعم في البئر، فذكاته العقر[٥] والجرح في أي موضع قدر، وإن ترك تذكيته حتى مات لم يؤكل، وكذا فيمن أرسل البازي أو رمى السهم، لأنه لما قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل، بطل حكم البدل، هذا إذا تمكن من ذبحه.

٣٧٨- أما إذا لم يتمكن وفيه من الحياة فوق ما تكون في المذبوح لم يؤكل في ظاهر الرواية[٦]، وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه يحل، وهو

---

[١] - أن التعليم هو ترك الأكل في الكلب والإجابة في البازي.

[٢] - فإذا أكل الجارح كلبا كان أو فهدا أو طيرا أكل ما بقي من الصيد وإن لم يبق إلا بضعة، وهذا قول مالك و جيمع أصحابه (الجامع لأحكام القرآن ٤٧/٦).

[٣] - فيه قولان: أصحهما تحريمه عند جماهير الشوافع (المجموع ١٠٥/٩).

[٤] - والصحيح قول أبي حنيفة، كما في جامع الرموز (٤١٦/٣).

[٥] - في (ن،ع): "العقد" بالدال، والصواب ما كتبناه، معناه: الجرح (القاموس المحيط ص: ٥٦٩).

[٦] - وعليه الفتوى، لقوله تعالى: ﴿وما أكل السبع إلا ما ذكيتم﴾ (ر: التبيين٥٣/٦).

قول الشافعي رحمه الله[1]، لأنه لم يقدر على الأصل، فصار كما لو رأى المتيمم الماء ولم يقدر على استعماله.

٣٧٩- أما لو بقي فيه حياة مثل ما يبقى في المذبوح، يؤكل لأنه ميت حكماً بذكاة الاضطرار، وإن صح فبقي أكثر من حياة المذبوح، قال محمد رحمه الله: لابد من الذبح.

وبعضهم فصلوا تفصيلا[2]، وقالوا: {إن لم يتمكن لفقد الآلة لم يؤكل بالإجماع[3]}، وإن لم يتمكن لضيق الوقت لم يؤكل أيضاً عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله[4]، لأنه لما وقع في يده لم يبق صيداً، فبطل حكم ذكاة الاضطرار، هذا إذا كانت تتوهم حياته، وعن الحسن عن أصحابنا مثل قول الشافعي، هذا أصح.

---

[1] - ر: المجموع شرح المهذب، فرع جميع ما ذكرناه هو فيما إذا لم ينته الصيد الخ: (٩/ ١١٣).

[2] - أي فصل بعض المشايخ فيما إذا كانت الحياة فيه فوق ما تكون في المذبوح فقال: إن كان عدم التمكن لفقد الآلة لم يؤكل، لأنه مفرط وإن كان لضيق الوقت لم يؤكل عندنا خلافاً للشافعي والحسن بن زياد (العناية مع تكملة شرح فتح القدير ١٠/١٤٠، دار الكتب العلمية).

[3] - ما بين القوسين ساقط في (م).

[4] - ر: المصدر السابق (٩/ ١٢٧، ١٣٣، ط: مكتبة الإرشاد،) وافقه الحسن بن زياد ومحمد بن مقاتل، قالوا: يحل استحسانا، لأنه لم يقدر على الأصل، ولم يفرط، فبقيت ذكاة الاضطرار موجبة للحل، وبالاستحسان أخذ القاضي فخر الدين قاضي خان (ر: العناية مع الفتح ١٠/١٢٢، والهندية ٥/٤٢٨).

٣٨٠- وأما لو شق بطنه وأخرج ما في بطنه ثم أدركه[١] حياً ثم مات يحل[٢]، هذا إذا بقيت حياته مقدار ما يبقى في المذبوح، وقيل: عند أبي حنيفة رحمه الله لا يحل أيضاً[٣] لأنه ترك ذكاة الاختيار، وهذا إذا لم يذبحه، وأما إذا ذبحه يحل عنده أيضا، لأن الذكاة وقعت في موضعه، هذا إذا كانت الحياة فيه مستقرة، أما إذا لم تكن مستقرة فلا تحتاج إلى الذبح عندهما، لأن الشق بمنزلة الذبح.

٣٨١- ولو ذبح المجروح وهو حي وقت الذبح وتحرك بعده، يؤكل عند أبي حنيفة رحمه الله، والاعتبار للحركة لا لسيلان الدم منه، وكذا المتردية[٤]، والنطيحة[٥]، والموقوذة[٦]، والذي شق بطنه الذئب، أو شاة مريضة وفيه حياة خفية أو بينة، وعليه الفتوى لقوله تعالى: ﴿إلا ما

---

[١] - أي وقع في يد صاحب الكلب المعلم ولم يدركه حل، لأنه ما بقي اضطراب مذبوح فلا يعتبر (ر: الهداية ٥٠٦/٤، وشرحها العناية مع الفتح ١٢٢/١٠، دار الكتب العلمية).

[٢] - وهو قول الصاحبين، اتخذه عامة المشايخ، وظاهر كلام أبي بكر الرازي الجصاص ترجيحه، وقال العلامة ابن عابدين الشامي: ظاهر الرواية ما في الهداية، فتأمل (ر: العناية مع الفتح ١٢٢/١٠، ورد المحتار ٤٨٠/٦).

[٣] - وهو القياس (الهندية ٤٢٧/٦).

[٤] - المتردية: ما تردى من فوق جبل أو بئر، فلم تدرك ذكاته (معاني القرآن ٣٠١/١).

[٥] - النطيحة: ما نطح من الأغنام فمات (المفردات في غريب القرآن: ٤٩٦).

[٦] - الموقوذة: أي المقتولة بالضرب (المصدر السابق ص: ٥٢٩).

ذكيتم﴾[1]، وعند أبي يوسف رحمه الله إن كان يعيش أكثر من نصف النهار يحل بالذبح[2]، وقيل: إن كان لا يعيش مثله لا يحل، وعند محمد رحمه الله إن كان يعيش يوماً يحل بالذبح، وقيل: إن كان يعيش فوق[3] ما يعيش المذبوح يحل، وإلا فلا، والمختار أنه إن كان حياً حالة الذبح يحل، ولا اعتبار للتوقيت[4].

٣٨٢- رجل شق بطن شاة وأخرج ولدها وذبحه ثم ذبح الشاة، إن

---

[1] - المائدة: ٣.

[2] - وفي العناية: وعند أبي يوسف لا بد من حياة بينة وهي أن يكون بحال يعيش مثله، فأما إذا لم يكن كذلك فلا يحل أكله لأنه لم يكن موته بالذبح، وقال محمد: لا بد من حياة بينة وهو أن يكون بحال يعيش فوق ما يعيش المذبوح فإن كان كذلك حل أكله وإلا فلا، لأنه لا معتبر بهذه الحياة (العناية مع تكملة شرح فتح القدير ١٤٧/١٠، دار الكتب العلمية).

[3] - وفي النسخ الثلاث: "مثل" والصواب ما كتبناه من الهداية وانظر للتفصيل الهداية مع تكملة شرح فتح القدير ١٤٠/١٠، كتاب الذبائح، ورد المحتار ٥٥/١٠-٥٧؛ كتاب الصيد.

[4] - وفيه كلام طويل، إني أسجل عصارته عن العلامة ابن عابدين الشامي، فقال: "والحاصل أنه لو أخذ الصيد وفيه من الحياة كما في المذبوح ولم يذكه، فعلى ما في الخانية والظهيرية يحل، وعلى ما في العناية يحل إن لم يتمكن من ذبحه، وعلى ما في الزيلعي لا يحل أصلاً إلا بالذكاة كما إذا لم يتمكن، أو كان فيه من الحياة فوق ما في المذبوح أخذاً من إطلاق الأدلة، وحكى في البدائع الأول عن عامة المشايخ، والثالث عن الجصاص، وظاهر كلامه ترجيح الأول، وهو ظاهر ما في الهداية، فتأمل". (رد المحتار ٤٧٠/٦).

كانت تعيش من ذلك الشق تحل، لأن الذكاة وقعت في موقعه، وإن لم تعش لم تحل، لأنها ماتت بالشق لا بالذبح.

٣٨٣- ولو أرسل كلبه على صيد وأخذ غيره يحل عندنا، خلافاً للشافعي رحمه الله[١]، لأن المقصود حصول الصيد به، وقد وجد فسقط اعتبار التعيين، لأنه ما هو في وسعه.

٣٨٤- ولو أرسل على صيد كثير، وسمى مرة حالة الإرسال يكفيه حتى إذا أخذ الكل يحل بهذه التسمية الواحدة، بخلاف ذبح الشاتين بتسمية واحدة مرة[٢] بعد أخرى، حتى لو أضجع إحداهما فوق الأخرى وذبحهما بمرة واحدة يكفيه أيضاً.

٣٨٥- ولو أرسل فهدا فَكَمِنَ[٣] حتى يستمكن ثم أخذ الصيد فقتله يؤكل، لأن مكثه ذلك حيلة منه للصيد لا للاستراحة، فلم يقطع الإرسال، وكذا الكلب إذا اعتاد ذلك.

٣٨٦- ولو أرسل كلباً على صيد فأخذه وقتله ثم أخذ آخر فقتله أكلا جميعاً، لأن الإرسال قائم، كما لو رمى إلى صيد فنفذ منه وأصاب آخر.

٣٨٧- ولو جثم[٤] على الأول زماناً طويلاً، ثم أخذ آخر فقتله، لم يؤكل الثاني لانقطاع الإرسال بالاستراحة.

---

[١] - والصحيح أن مذهب الشافعي موافق للحنفية أنه حلال، وقال داود: لا يحل (ر: المجموع ١٢٢/٩).

[٢] - في (ن،ع): "وردت".

[٣] - أي احتفى أولا.

[٤] - أي لو قتل الأول ثم جثم عليه.

٣٨٨- ولو أرسل بازيه المعلم على صيد فوقع على شيء، ثم اتبع الصيد فأخذه يؤكل إذا لم يكن مكثه زماناً طويلاً للاستراحة، أما إذا مكث ساعة للتمكين يؤكل كما قلنا في الكلب، ولو أن صقراً فرّ من صاحبه، فمكث حيناً ثم صاد لا يؤكل، لأنه ترك عادته وهو الإجابة، كالكلب إذا أكل من الصيد، ولا تثبت الإباحة[١] بدون الإرسال في الكلب والبازي.

٣٨٩- ولو أرسل مسلم كلبه فزجره[٢] مجوسي فانزجر بزجره فلا بأس بصيده، ولو أرسل مجوسي فزجره مسلم فانزجر بزجره لم يؤكل، لأن الزجر دون الإرسال، فلا يثبت به الحل.

٣٩٠- كلب اتبع الصيد فزجره صاحبه فانزجر، وأخذ الصيد وقتله، يحل أكله عندنا خلافاً للشافعي[٣].

٣٩١- رجلان لكل واحد منهما كلب فأرسلاهما، فأخذ أحدهما الصيد وجرحه، وقتله الآخر يحل أكله، والملك لصاحب الأول، لأن الأول أخرجه[٤] عن الصيدية، إلا أن الإرسال من الثاني حصل على

---

[١] - وفي النسخ الثلاث: "الإجابة" والصحيح ما كتبناه من النوازل والهداية.

[٢] - المراد بالزجر الإغراء بالصياح عليه، وبالانزجار إظهار زيادة الطلب (الهداية ٥٠٨/٤).

[٣] - عنده تفصيل، بأنه وقف بعد الانزجار ثم أغراه فاسترسل وقتل الصيد يحل، وإن لم ينزجر ومضى لوجهه لم يحل، ولو لم يزجره بل أغراه فزاد عدوه أو لم يزد لا يحل ما قتله على الصحيح (ر: مختصر المزني ص: ٢٨٢، والمجموع ١١٥/٩).

[٤] - في (ن،ع): "أجرحه".

الصيد، والمعتبر في الإباحة والحرمة حالة الإرسال فلم يحرم، بخلاف ما إذا أرسله الثاني بعد ما جرحه[1] الأول حيث لا يؤكل إذا قتله الثاني.

٣٩٢- رجل نصب شبكة[2] فتعلق بها صيد فتخلص منها ثم اصطاده آخر فهو للثاني، لأن الأول لا يملكه لعدم قدرته على أخذه، ولو لم يتخلص من الشبكة، ولكن صاحبها فتح الشبكة فتخلص ثم أخذه آخر، فهو للأول، لأن الأول قد ملكه، لأنه كان قادراً على أخذه، ومن حفر بئراً للصيد، فوقع فيه صيد فهو للحافر، ولو حفر لا للصيد يكون الصيد للآخذ.

---

[1] - في (م): "أخرجه الأول".

[2] - الشبكة: محركة، شركة الصياد، ج شبك وشباك (القاموس المحيط ص:١٢١٩).

فصل في الرمي

٣٩٣- وجميع ما شرط من التسمية والجراحة في أي موضع كان في الكلب شرط في الرمي.

رجل سمع حس ظبي فرماه، فأصاب إلى صيد آخر حل المصاب، لأنه قصد الاصطياد، وكذا لو رمى أسداً فأصاب صيداً، وقال زفر رحمه الله: إن رمى إلى السباع فأصاب صيداً لم يؤكل، لأن الإرسال فيه ليس للإباحة، وهو خص منها ما لا يؤكل لحمه، وأبو يوسف رحمه الله خص منها الخنزير لتغلظ الحرمة فيه، فلا يؤثر في لحمه ولا في جلده بخلاف سائر السباع، فإنه يؤثر في جلده[١]، وإن لم يؤثر في لحمه، فصار كأنه رمى إلى صيد فأصاب إلى صيد آخر[٢].

٣٩٤- {ولو رمى إلى صيد[٣]} فأصاب السهم إلى حائط أو حجر ثم رجع فأصاب إلى صيد لم يؤكل.

٣٩٥- ولو سمع حس آدمي أو حس حيوان أهلي أو خنزير فرماه فأصاب صيداً لم يؤكل، وهو قول محمد، لأن هذا الفعل ليس باصطياد[٤]،

---

١ - في النسخ الثلاث:" حله" مكان "جلده"، وفي الهداية: "جلده" (٥٠٩/٤).

٢- ظاهر الرواية أن أكله يحل سواء كان الصيد المسموع حسه مأكولا أو غير مأكول بعد أن كان المصاب مأكولاً (ر: تبيين الحقائق وحاشية الشلبي٥٦/٦).

٣ - ما بين القوسين ساقط في (م).

٤ - بل ادعى صاحب العناية أنه لم يحل في قولهم جميعا (العناية مع الفتح ١٢٦/١٠).

ولو رمى إلى سمكة أو جرادة فأصاب صيداً يحل أكله في رواية أبي يوسف، لأنه صيد[1]، وفي رواية: لا يحل أكله، لأنه لا ذكاة فيهما، ولو رمى صيداً فانكسرت رجله بسبب آخر قبل الإصابة ثم أصابه أكل، لأن المعتبر وقت الرمي وحين ذلك كان صيداً.

٣٩٦- رجل رمى إلى صيد فأصابه فوجد به جراحة أخرى عند إخراجه[2] السهم لم يؤكل، لأنه موهوم يمكن الاحتراز عنه، فاعتبر محرما، والجواب في إرسال الكلب في هذه كالجواب في الرمي[3].

٣٩٧- رجل رمى إلى طائر ولم يدر أنه وحشي أو أهلي فأصاب صيداً يحل، لأن الظاهر فيه التوحش، والطير الداجن الذي يأوي البيوت، كالحمامة وغيرها أهلي لا يحل بذكاة الاضطرار، وكذا الظبي المستأنس[4].

٣٩٨- وما توحش من النعم فذكاته العقر والجراحة، وإن ندت في المصر فذكاته الذبح، بخلاف الإبل والبقر إذا ندا فذكاتهما العقر في المصر وغيره، لأنهما يدفعان عن أنفسهما فلا يقدر على أخذهما، وكذا الدجاجة إذا تعلقت بشجرة لا[5] يصل إليها صاحبها وخاف على موتها

---

[1] - وهو المختار (البزازية بهامش الهندية، نوع في المرمي ٦/٣٠٠).

[2] - في (ن،ع): "جراحه" محل "إخراجه".

[3] - والمحرم مقيد بالقعود عن طلبه، وإذا لم يقعد عن الطلب، لا يجعل محرما للضرورة (ر: العناية وتكملة فتح القدير ١٠/١٢٩).

[4] - وفي (ن،ع): "الصبي المستأمن" وهو خطأ.

[5] - حرف "لا" ساقط عن (ن).

فرماه يؤكل، لأنه عجز عن الذكاة الاختيارية، والصائل[1] منها كالند إذا كان لا يقدر على أخذه، حتى لو قتله المصول عليه وهو يريد الذكاة حل أكله، وإذا وقع السهم بالصيد فتحامل حتى غاب عنه، ولم يزل في طلبه حتى أصابه ميتا أكل، وإن قعد عن طلبه ثم أصابه ميتاً لم يؤكل، لقول عبد الله بن عباس رضي الله عنهما:" كل ما أصميت[2] ودع ما أنميت[3]"، ولأنه مادام في طلبه كأنه مات بين يديه، لأن الاصطياد [ما] زال عنه[4]، ولا ضرورة فيما قعد عن طلبه لإمكان التحرز عنه فترجح جهة الحرمة فيه، بخلاف مالا يمكن التحرز عنه.

٣٩٩- ولو رمى إلى صيد فوقع في الماء لم يؤكل، وإن رمى إلى

---

[1] - الصائل من صؤل صآلة من باب كرم، واثب الناس، أوصار يقتل الناس ويعدو عليهم (القاموس المحيط ص: ١٣٢١).

[2] - وفي (ن،ع): "كل ما أصمت ودع ما الميت".

[3] - أخرج ابن أبي شيبة عنه من غير لفظه:" ما أصميت فكل وما أنميت فلا تأكل" (مصنف ابن أبي شيبة، الصيد، الرجل يرمي الصيد و يغيب عنه ٣٧١/٥)، الإصماء: أن يقتل الصيد مكانه، ومعناه سرعة إزهاق الروح، والإنماء: أن يصيب إصابة غير قاتلة في الحال...... معناه إذا صدت بكلب أو سهم أو غيرهما فمات وأنت تراه غير غائب فكل منه، وما أصبته ثم غاب عنك فمات بعد ذلك فدعه، لأنه لا تدري أمات بصيدك أم بعارض آخر(النهاية لابن الأثير ٥٤/٣).

[4] - وفي النسخ الثلاث: "زال" ولعل الصواب ما كتبناه، كما يفهم من الهداية: إنا أسقطنا اعتباره ما دام في طلبه ضروة أن لا يعرى الاصطياد عنه (٥١٠/٤).

صيد فوقع[1] على رمح منصوبة أو قصبة قائمة لم يؤكل، لاحتمال الموت بسبب آخر، ولأنه يمكن الاحتراز عنه، بخلاف ما إذا وقع على الأرض ابتداء، ولو وقع على صخرة فانشق بطنه لم يؤكل لما قلنا[2].

٤٠٠- ولو رماه[3] بحجر ثقيل لم يؤكل، لاحتمال أنه قتله بثقله، وإن كان به حدة، وإن كان الحجر خفيفاً وبه حدة يحل لتعين الموت بالجرح، ولو رماه بعصا أو بعود حتى قتله لم يؤكل، لأنه مات بالثقل لا بالجرح، إلا إذا كان له حدة.

٤٠١- والأصل في هذه المسائل أن الموت إذا كان مضافاً إلى الجرح بيقين يحل، وإن كان مضافاً إلى الثقل بيقين لا يحل، وإن شك في أنه مات بالجرح أو الثقل يحرم احتياطاً، ولو رماه بسيف أو بسكين فأصابه بحدته فجرحه يؤكل، فإن أصابه بقفاء السكين أو بمقبض السيف لا يؤكل، لأنه قتله دقاً لا جرحاً، والحديد وغيره في الجرح سواء.

٤٠٢- ولو رماه فجرحه ومات بالجرح، إن كان الجرح مدمياً[4] يحل بالاتفاق، وإن لم يكن مدمياً فكذلك عند البعض سواء كانت الجراحة صغيرة أو كبيرة، وعند بعضهم يشترط الإدماء[5] إن كانت صغيرة[6].

---

[1] - "فوقع" ساقط في (م).

[2] - يعني: "لاحتمال الموت بسبب آخر".

[3] - وفي (م): "رماه" ساقط.

[4] - أي متلطخا بالدم.

[5] - في (ن،ع): "الإدمان".

[6] - وفي القهستاني أن المعتمد أن الإدماء ليس بشرط، وقال الزيلعي: وإن كان

٤٠٣- ولو أصاب السهم ظلفه[1] أو قرنه، فإن أدماه يحل وإلا فلا.

٤٠٤- ولو رمى صيداً فقطع عضواً منه أكل الصيد إذا مات منه، ولم يؤكل العضو للحديث[2]، وقال الشافعي: أكلا جميعا أي المبان والمبان منه إذا مات منه، لأنه مبان بذكاة الاضطرار، كما إذا أبين الرأس بذكاة الاختيار، بخلاف ما إذا لم يمت[3]، قلنا: لم يقع الذكاة حال وقوعه، لبقاء الروح في الباقي بعده، وعند زواله لم تظهر الذكاة في المبان لعدم الحياة فيه، ولا يتبعه الانفصال، بخلاف قطع الرأس.

غير مدم اختلفوا فيه، قيل: لا يحل لانعدام معنى الذكاة وهو إخراج الدم النجس، وشرطه النبي صلى الله عليه وسلم بقوله: "أنهر الدم بما شئت" رواه أحمد وأبوداود، وقيل: يحل لإتيان ما في وسعه وهو الجرح لأن الدم قد ينجس لغلظه أو لضيق المنفذ وقيل: لو الجراحة كبيرة حل بدونه ولو صغيرة فلا (رد المحتار ٦٠/١٠، كتاب الصيد).

[1] - الظلف بالكسر للبقرة والشاة والظبي وشبهها بمنزلة القدم لنا (القاموس المحيط ص: ١٠٧٨).

[2] - أخرجه الترمذي (الصيد، باب إذا قطع من الحي قطعة فهو ميت ٢٧٣/١)، وأبو داود في الضحايا (باب إذا قطع من الصيد قطعة: ٣٩٥/٢)، والدارقطني في الصيد والضحايا (٢٩٢/٤)، والحاكم في الذبائح (٢٤٧/٤) عن أبي واقد الليثي قال: قدم النبي صلى الله عليه وسلم المدينة وهم يحبون سنمة الإبل، يقطعون أليات الغنم، فقال: "ما يقطع من البهيمة وهي حية فهو ميت" واللفظ للترمذي، قال: هذا حديث حسن غريب، وقال الحاكم: هذا حديث صحيح على شرط البخاري.

[3] - ر: المجموع شرح المهذب ١١٧/٩.

٤٠٥- والأصل فيه أن المبان من الحي حقيقة وحكماً لا يحل، والمبان من الحي صورة لا حكماً يحل، كما لو قطع رأسه، وذلك بأن يبقى في المبان منه حياة قدر ما يبقى في المذبوح، فإنه حياة صورة لا حكماً، ولهذا لو وقع في الماء ومات يحل، ولو قطع نصفه منه يحل، فإن قطعه أثلاثا، والأكثر مما يلي العجز يحل المبان والمبان منه، وكذا إذا قده[١] بنصفين فصار بمنزلة قطع الرأس، ولو كان أكثره مما يلي الرأس لا يحل المبان[٢] كما لو قطع يده أو رجله، و يحل المبان منه، لأن حياته تتصور بدونه، وأكثر الرأس بمنزلة الرأس، وأقله بمنزلة اليد[٣] والرجل، ولو قطع يداً بقي متعلقاً بجلده لا يؤكل اليد، والله أعلم.

---

[١] - القد: القطع المستاصل أو المستطيل، أو الشق طولا (القاموس المحيط ص :٣٩٤).

[٢] - والمسألة تخالف ما في الهندية:" وإن قطع الثلث منه مما يلي العجز فأبانه، فإنه يؤكل الثلثان مما يلي الرأس، ولا يؤكل الثلث الذي مما يلي العجز، وإن قطع الثلث مما يلي الرأس، فإنه يؤكل كله، لأن ما بين النصف إلى العنق مذبح، لأن الأوداج تكون من القلب إلى الدماغ، أما إذا أبان الثلث مما يلي العجز لم تتم الذكاة، لأنه لم يقطع الأوداج، بخلاف ما إذا أبان الثلث مما يلي الرأس، لأنه قطع الأوداج فيتم فعل الذكاة فيؤكل" (٤٣١/٥، كتاب الصيد في المتفرقات).

[٣] - في (م): "البدن" محل "اليد".

فصل في الذبح

٤٠٦- الذكاة شرط لحل الذبيحة، لقوله تعالى: ﴿إلا ما ذكيتم﴾[١] لأن به يتميز الدم النجس من اللحم، فكما يثبت الحل به يثبت به الطهارة في المأكول وغيره على حسب ما يقبله[٢] المحل حلاً أو طهارة، كما في الاصطياد.

٤٠٧- والتكبير والتهليل والتسبيح والتحميد بمنزلة التسمية شرط للحل عند الذبح.

٤٠٨- ولو سمى ثم تكلم كلاما، أو شرب ماء، ثم ذبحها يحل ذبيحتها، ولو مكث زماناً طويلاً[٣] لا يحل، وهي[٤] على المذبوح لا على الآلة، وفي الصيد على الآلة عند الإرسال والرمي، حتى لو أضجع شاة وسمى وذبح غيرها بتلك التسمية لا يجوز. ولو رمى إلى صيد و سمى فأصاب غيره، يحل، وكذا في إرسال الكلب.

٤٠٩- ولو أضجع شاة وسمى ثم رمى شفرته وذبح بشفرة أخرى يحل، ولو سمى على سهم ثم رمى بغيره صيداً، فأصابه لا يحل.

---

[١] - المائدة: ٣.

[٢] - يطهر بالذكاة جلد غير مأكول اللحم على الراجح لا لحمه(ر: الدر المختار مع الرد ٣٠٨/٦).

[٣] - وحد الطول ما يستكثره الناظر (الهندية ٢٨٨/٥، وبهامشها البزازية ٣٠٧/٦).

[٤] - أي التسمية

٤١٠- ولو ذبح شاة فوقعت الشاة في الماء ومات فيه تؤكل، بخلاف ما إذا رمى إلى صيد فأصابه ثم وقع في الماء لم يؤكل.

٤١١- وإن ترك الذابح التسمية عمداً لا يؤكل بظاهر النص[١]، [وإن تركها ناسياً أكل][٢] ، وقال مالك رحمه الله: لا يؤكل في الوجهين[٣]، وقال الشافعي: يؤكل في الوجهين[٤].

٤١٢- وفي العمد قوله ليس باختلاف منه[٥]، وإنما هو خلاف إجماع الصحابة حتى لا يسع فيه الإجتهاد، ولهذا لو قضى القاضي بحله وجواز بيعه لا ينفذ قضاءه، إلا أنه لا يسقط عدالة الشاهد باستباحته، والخلاف فيما بين الصحابة في متروك التسمية ناسياً، فمن هنا ذهب[٦]

---

[١] - وهو قوله تعالى: ﴿ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وإنه لفسق﴾ (الأنعام:١٢١).

[٢] - ما بين القوسين ساقط في (ن،ع).

[٣] - هكذا ذكر مذهب مالك في أكثر كتبنا، ولكن المذكور في كتب مذهبه أنه موافق لما قاله أبوحنيفة: إن التسمية فرض مع الذكر، ساقطة مع النسيان، (ر: بداية المجتهد ٤٤٨/١، وأحكام القرآن لابن العربي ٧٤٩/٢).

[٤] - في المجموع: "فلو ترك التسمية عمداً أو سهوا حلت الذبيحة والصيد، لكن في تركها عمداً ثلاثة أوجه، الصحيح أنه مكروه" (٩٨/٩، ط: مكتبة الإرشاد).

[٥] - وفي الهداية: قول الشافعي مخالف للإجماع فإنه لا خلاف فيمن كان قبله في حرمة متروك التسمية عمداً (الهداية مع فتح القدير ٣٩٩/٩ دار الكتب العلمية، بيروت).

[٦] - في (ن،ع): "فمذهب".

ابن عمر رضي الله عنهما[١] أنه يحرم[٢]، وهو ما أخذ مالك، ومن هنا ذهب[٣] علي[٤]، وابن عباس رضي الله عنهما[٥] لا يحرم[٦]، فأخذ علماؤنا رحمهم الله، وقوله: تسمية الله تعالى في قلب كل امرئ[٧]، وقوله: الملة

---

[١] - قد مرت ترجمته في الجزء الأول من الكتاب.

[٢] - نقل أبو بكر الرازي في أحكام القرآن: أن قصابا ذبح شاة، ونسي أن يذكر اسم الله تعالى عليها، فأمر ابن عمر غلاما له أن يقوم عنده، فإذا جاء إنسان يشتري، قال: ابن عمر يقول: إن هذه لم يذكها فلا تشتر(١٧١/٤، دار إحياء التراث العربي، وموسوعة فقه عبد الله بن عمر ص: ١٧٢).

[٣] - وفي (ن،ع): "ومذهب علي"

[٤] - هو أبو الحسن علي بن أبي طالب بن هاشم أحد العشرة المبشرة بالجنة ابن عم النبي -ﷺ- ولد قبل البيعة بعشرة سنين، واستشهد في ثلاثة عشر من رمضان سنة ٤٠هـ ليلة الجمعة وهو ابن (٧٣) سنة، شهد بدرا والمشاهد كلها سوى تبوك، فإنه -ﷺ- استخلفه فيها على المدينة، روى عن النبي -ﷺ- ستة وثمانين و خمسمأة (٥٨٦) حديثا، وروى عنه أولاده وابن عباس وابن عمر وآخرون من الصحابة والتابعين،(ر: الإصابة ٥٠١/٢، وصفة الصفوة ١١٨/١، وحلية ٦١/١، ٨٧، وغيرها من كتب التاريخ والرجال مفصلا).

[٥] - قد مرت ترجمته في الجزء الأول من الكتاب.

[٦] - ر: تفسير ابن كثير ١٦٢/٢، وروى الدارقطني عن إبراهيم في المسلم يذبح وينسى التسمية، قال: لا بأس به، وعن ابن عباس أنه لم يربه بأسا (الصيد ٣٤٩/٤).

[٧] - ما وجدت، وذكر النووي في المجموع عن أبي هريرة قال: جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: يا رسول الله! أرأيت الرجل يذبح وينسى أن

أقيمت مقام الذكر[١] ورد هذا في حق الناسي، ولو قلنا في حق العامد أيضاً لبطل حكم النص أصلاً.

٤١٣- والمسلم والكتابي[٢] في التسمية و تركها سواء، والمنقول عن ابن عباس رضي الله عنهما بسم الله والله أكبر[٣].

٤١٤- النصراني إذا ذبح وسمى اسم المسيح[٤] لا يؤكل عندنا، وعند مالك[٥] والشافعي[٦] يؤكل، لإطلاق قوله تعالى: ﴿وما

يسمي فقال النبي صلى الله عليه وسلم: اسم الله على كل مسلم، قال النووي: هذا حديث منكر مجمع على ضعفه (المجموع ٤١١/٨، كتاب الأضحية).

[١] – ما وجدت.

[٢] – في النسخ الثلاث: "الذمي" والصواب ما كتبناه كما في الهداية (٤٣٥/٤).

[٣] – أخرجه الحاكم من طريق ظبيان عن ابن عباس في قوله تعالى: ﴿فاذكروا اسم الله تعالى عليها صواف﴾ (الحج: ٣٦) قال: قياما على ثلاثة قوائم معقولة، يقول: بسم الله والله أكبر، اللهم منك وإليك، قال الحاكم: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه (المستدرك ٦٦٠/٤).

[٤] – هو عيسى بن مريم، الذي تكلم الناس وهو في المهد، جعله الله نبيا، وأيده بروح القدس، ثم رفعه إلى السماء وهو ابن ٣٣ أو ٣٤ سنة، وينزل في آخر الزمان عند المنارة البيضاء شرقي دمشق، ويقيم العدل في الأرض (ر: آل عمران:٥٥، والمائدة:١١٠، ومشكاة المصابيح ٤٧٣/٢، والبداية والنهاية لابن كثير ٧٨/٢، ١٠١).

[٥] – ر: أحكام القرآن لابن العربي:٢/ ٥٥٤، وقال القرطبي: وقال مالك: أكره ذلك، ولم يحرمه (الجامع لأحكام القرآن: ٥٤٦).

[٦] – في المجموع: حكى صاحب التقريب عن الشافعي أن النصراني إذا سمى

أهل لغير الله﴾[1]، وقال الحسن[2]، والشافعي، وسعيد بن المسيب[3]، وعطاء[4]:

غير الله تعالى كالمسيح لم تحل ذبيحته، قال صاحب التقريب: معناه أن يذبحها له، فأما إذا ذكر المسيح على معنى الصلاة على رسول الله -ﷺ- فجائز، وقال الحليمي: تحل مطلقا وإن سمى المسيح، ورجحه المحقق محمد نجيب المطيعي، وقال: وهذا هو الوجه عندنا (٨: ٣٨٦).

[1] - المائدة:٣.

[2] - قد مرت ترجمته في الجزء الأول من الكتاب.

[3] - هو سعيد بن المسيب بن حزن بن أبي وهب بن عمرو بن عائذ بن عمران بن مخزوم القرشي، أبو محمد، المولود سنة ١٣هـ/ ٦٣٤م والمتوفى سنة ٩٤هـ/ ٧١٣م بالمدينة، سيد التابعين، وأحد الفقهاء السبعة بالمدينة، جمع بين الحديث والفقه والزهد والورع، روى عن عمر وعثمان و خلق كثير، وعنه سالم بن عبد الله والزهري وقتادة وآخرون، وثقه أحمد وذكره ابن حبان في الثقات: (طبقات ابن سعد ٨٨/٥، ووفيات الأعيان ٢٠٦/١، وصفة الصفوة ٤٤/٢، وحلية ١٦١/٢، وتذكرة الحفاظ ٥٤/١، ٥٦، وتهذيب التهذيب ٤/ ٨٤، ٨٨، والأعلام للزركلي ١٠٢/٢).

[4] - هو عطاء بن أبي رباح أسلم بن صفوان القرشي أبو محمد، ولد سنة ٢٧هـ/ ٣٤٧م، وتوفي بمكة سنة ١١٤هـ/ ٤٣٢م، إنه من سادات التابعين وأجلاء الفقهاء، نشأ بمكة وكان مفتي أهلها ومحدثهم، وأدرك مائتين من الصحابة، روى عن ابن عباس وابن عمر وغيرهما من الخلائق، وعنه مجاهد والزهري والأعمش وخلق كثير، ذكره ابن حبان في الثقات (ر: تذكرة الحفاظ ٩٠/١، وتهذيب التهذيب ١٩٩/٧- ٢٠٣، وصفة الصفوة ١١٩/٢، وحلية ٣١٠/٣، ووفيات الأعيان ٣١٨/١، والأعلام للزركلي ٢٣٥/٤).

يؤكل[1]، وهو مذهب[2] الأوزاعي[3]، لأن الله تعالى أباح ذبيحتهم مع علمه أنهم يهلّون[4] باسم المسيح[5].

٤١٥- ولو قال: بسم الله محمد رسول الله، موصولاً لا معطوفاً،

---

[1] - وعن الحسن البصري روايتان: في الأول لم يحل أكلها، وفي الأخرى يحل أكلها، لأن الله تعالى أباح ذبائحهم مع علمه أنهم يهلون باسم المسيح (ر: الجامع لأحكام القرآن ٥٤/٦، وموسوعة فقه الحسن البصري ٤١٦/١) لم أجد قول سعيد بن المسيب إلا في ذبائح نصارى بني تغلب فإنه كان لا يرى بها بأسا كما في تفسير الطبري (٤٤٠/٤، ط: دار الكتب العلمية، بيروت) وقال عطاء: كل من ذبيحة النصراني وإن قال باسم المسيح، لأن الله جل وعز قد أباح ذبائحهم، وقد علم ما يقولون (الجامع لأحكام القرآن ٥٢/٦).

[2] - قال الأوزاعي: إذا سمعته يرسل كلبه باسم المسيح أكل (أحكام القرآن للجصاص ٣٢١/٣).

[3] - قد مرت ترجمته في الجزء الأول من الكتاب.

[4] - وفي (ن،ع): "يهيلون".

[5] - واستدل القائلون بالتحريم أولاً بقوله تعالى: ﴿ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه﴾، وقوله: ﴿حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به﴾ دلت الآيتان على النهي عن الأكل مما ذبح على اسم غير الله وذكر عليه اسم غيره تعالى، والنهي يفيد التحريم، وحرمت به الآية الثانية، والكتابي إذا ذبح وذكر اسم المسيح أو عزير على ذبيحته تحقق في الذبيحة ما نهي فتكون حراماً وأجاب بما استدل القائلون بالحل بأن إباحة طعامهم مشروطة بعدم الإهلال لغير الله على ذبائحهم، أما إذا أهلوا فلا تحل، لأن الواجب العمل بمجموع الآيتين (انظر للتفصيل دراسة الشيخ عادل أحمد عبد الموجود والشيخ علي محمد معوض على رد المحتار مع الدر المختار ٤٢٨/٩ كتاب الذبائح).

يحل ويكره، ولو قال: بسم الله ومحمد بالكسر[1] يحرم، لأنه أهل لغير الله، ولو قال: محمد بالرفع يحل، والأولى أن لا يفعل ذلك.

٤١٦- ولو قال: الحمد لله، أو سبحان الله، يريد به التسمية يحل.

٤١٧- ولو عطس عند الذبح فقال: الحمد لله، وذبح لا يحل في أصح الروايتين.

٤١٨- ولو قال: اللهم اغفرلي، أو قال: اللهم تقبل مني، وذبح لا يحل[2]، ولو قال هذا قبل الذبح والتسمية أو بعده فلا بأس، والذكر المجرد شرط، لقول ابن مسعود رضي الله عنه[3]: "جردوا التسمية"[4].

---

[1] - كذا بالنصب أيضاً يحرم (ر: الدر المختار بهامش الرد ٣٠٠/٦).

[2] - والشرط في التسمية هو الذكر الخالص عن شوب الدعاء وغيره فلا يحل بقوله: اللهم اغفر لي، لأنه دعاء وسؤال (الدر المختار مع رد المحتار ٤٣٧/٩ كتاب الذبائح).

[3] - هو الإمام الرباني عبد الله ابن مسعود بن غافل بن حبيب الهذلي، أبو عبد الرحمن، صحابي من أكابرهم فضلا وعقلا، نظر إليه عمر يوما وقال: وعاء ملئ علما، أسلم بمكة قديما، وهاجر الهجرتين، وشهد بدرا والمشاهد كلها، وكان صاحب نعل رسول الله -ﷺ-، روى عنه وعن سعد بن معاذ و عمر وغيرهما، وعنه ابناه وأنس وآخرون، مات بالمدينة سنة ٣٤هـ/ ٦٥٣م، له (٨٤٨) حديثا (ر: الاصابة، ت: ٥٥٤٩، وصفة الصفوة ١٥٤/١، وتاريخ الخميس ٢٥٧/٢، وتذكرة الحفاظ ١٣/١- ١٦، وتهذيب التهذيب ٢٧/٦، ٢٨، والأعلام للزركلي ٢٣٧/٤).

[4] - قال الزيلعي: غريب (نصب الراية١٨٤/٤) وقال ابن حجر:" لم أجده" (الدراية بهامش الهداية ٤٣٧/٤) وقال الدكتور رواس قلعه جي مؤلف موسوعة فقه عبد الله بن مسعود: أما التسمية، فإننا لم نعثر على شيء فيها

٤١٩- الذبح ما بين الحلق واللبة[١]، وفي الجامع الصغير[٢]: لا بأس بالذبح في الحلق كله، وسطه، وأعلاه، وأسفله[٣]. لأنه مجمع العروق والأوداج، وفيه إنهار الدم على أبلغ الوجوه، والعروق التي تقطع في الذكاة أربعة: الحلقوم، والمري، والودجان[٤]، وقال مالك: لا بد من قطع

عن ابن مسعود إلا ما ذكرنا عنه سابقاً من أنه كان يبيح أكل ذبيحة الصغير إن كان يعقل التسمية (ص: ٢٢٩).

١ - اللبة بالفتح: وهي مبدأه من العقدة إلى مبدأ الصدر(ر: جامع الرموز ٤٤٧/٣).

٢ - هذا في الفروع للإمام المجتهد محمد بن الحسن الشيباني، الذي حقق أمنية أستاذه الإمام أبي يوسف وامتثل بأمره لما طلب منه أن يؤلف كتابا يجمع ما حفظ عنه مما رواه له عن الإمام أبي حنيفة، وجاء هذا الكتاب مشملا على ألف وخمس مائة واثنين وثلاثين (١٥٣٢) مسئلة، كما قال البزدوي، وذكر الاختلاف في مائة وسبعين (١٧٠) مسئلة، ولم يذكر القياس والاستحسان إلا في مسئلتين، والمشايخ كانوا يعظمونه حتى قالوا: لا يصلح المرأ للفتوى ولا للقضاء إلا إذا علم مسائله، ويعد من كتب ظاهر الرواية الستة، وله تسعة عشر شرحا، ذكره حاجي خليفة (ر: كشف الظنون ٥٦١/١-٥٦٣، مفتاح السعادة:٢/ ١٢٧) وشرحه العلامة عبد الحي اللكنوي أيضاً باسم النافع الكبير، طبع مع متنه في مجلد واحد من إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، كراتشي باكستان.

٣ - الجامع الصغير مع شرحه النافع الكبير ص: ٤٧١، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية باكستان.

٤ - الودجان: تثنية ودج، بفتحتين، عرقان عظيمان في جانبي قدام العنق بينهما الحلقوم والمرى (جامع الرموز ٤٤٨/٣).

الأربع، لأن قطع الثلاث بدون إحدى الأربع لا يمكن، فثبت قطع هذا ضرورة[1]، وقال الشافعي رحمه الله: إذا قطع الحلقوم، والمري، يكفي، وعندنا إن قطع الكل يحل، وكذا إن قطع أكثرها، وهو رواية عن أبي حنيفة أيّ ثلاث كان[2]، وفي رواية: لابد من قطع الحلقوم، والمري، وأحد الودجين، وهو قول أبي يوسف، لأن الحلقوم مجرى النفس، والمري {مجرى الطعام والشراب، والودجين[3]} مجرى الدم، فينوب أحدهما عن الآخر، وقال محمد رحمه الله: لا بد من قطع أكثر كل فرد، وإن قطع نصف الحلقوم و نصف الأوداج لم يؤكل، ذكره في الجامع الصغير[4].

٤٢٠- رجل ذبح شاة وقطع من أعلى الحلقوم ثم قطع أسفله، إن قطع الأول بتمامه لا يؤكل، وإن قطع البعض ثم قطع الحلقوم مرة أخرى قبل أن يموت يؤكل[5].

---

[1] - ر: المدونة الكبرى ٤١٧/١.

[2] - هو الصحيح (الهندية ٢٨٧/٥، دار الفكر).

[3] - ما بين القوسين ساقط في (م).

[4] - وعن محمد روايتان: رواية في الجامع الصغير: إذا قطع نصف الحلقوم ونصف الأوداج ونصف المري لا يحل، لأن الحل متعلق بقطع الكل أو الأكثر، وليس للنصف حكم الكل في موضع الاحتياط، وفي رواية: إذا قطع الحلقوم والمري والأكثر من كل ودجين يحل وما لا فلا (الفتاوى الهندية ٢٨٧/٥، كتاب الذبائح، دار الفكر).

[5] - في الهندية نقلاً عن فتاوى أهل سمرقند: "قصاب ذبح الشاة في ليلة مظلمة فقطع أعلى من الحلقوم أو أسفل منه يحرم أكلها لأنه ذبح في غير المذبح وهو الحلقوم فإن قطع البعض ثم علم فقطع مرة أخرى الحلقوم قبل أن يموت

٤٢١- ويكره أن يضجع الشاة ويحد شفرته بحذائها، لورود النهي[1] فيه، وكسر العنق قبل أن يسكن اضطرابه مكروه، لأنه تعذيب الحيوان بلا منفعة، وكذا قطع رأسه قبل أن يسكن، وكذا النخع[2]، أما إذا انتخع بعد[3] أن يبرد لا يكره، لأنه لا ألم بعد ما سكن[4].

٤٢٢- ومن ذبح شاة أو بقرة، فوجد في بطنها جنيناً ميتاً لم يؤكل،

بالأول فهذا على وجهين: إما أن قطع الأول بتمامه أو قطع شيئاً منــه ففــي الوجه الأول لا يحل، لأنه لما قطع الأول بتمامه كان موتها من ذلك القطــع أسرع من موتها من الثاني وفي الوجه الثاني يحل" (الفتاوى الهندية ٢٨٥/٥، دار الفكر).

[1] - وهو مروي عن ابن عباس أن رجلا أضجع شاة يريد أن يذبحها وهو يحــد شفرته، فقال النبي -ﷺ-: "هلا حددت شفرتك قبــل أن تــضجعها" أخرجــه الحاكم في الأضاحي (٢٥٧/٤) وقال: هذا حــديث صــحيح علــى شــرط البخاري، وأعاده في الذبائح (٢٦٠/٤) وقال: على شرط الشيخين، والهيثمي عن الطبراني في الكبير والأوسط، وقال: رجاله رجــال الــصحيح (مجمــع الزوائد، الصيد وباب إحداد الشفرة ٣٣/٤)، وعبد الرزاق عن عكرمة مرسلا في المناسك، باب سنة الذبح (٤٩٣/٤).

[2] - النخاع خيط أبيض في جوف عظم الرقبة يمتد إلى الصلب كذا ذكره شــمس الدين قاضي زاده آفندي نقلاً عن المغرب (تكملة فتح القدير ٥٠٨/٩، كتــاب الذبائح).

[3] - وفي النسخ الثلاث: "قبل" والصواب ما كتبناه.

[4] - والحاصل: إن كسر العنق وقطع الرأس والنخع قبل أن يسكن الاضــطراب، كل ذلك مكروه، وتؤكل ذبيحته، والأصل فيه ما أشار إليــه المؤلــف فــي الهداية: ما فيه زيادة إيلام لا يحتاج إليه في الذكاة مكروه (٤٣٩/٤).

أشعر أو لم يشعر عند أبي حنيفة، لأنه أصل في الحياة[1] حتى تتصور حياته بعد موتها، ولأنه حيوان دموي، فلا يجعل تبعا لأمه في حق الذكاة، وقالا: إن تم خلقه يؤكل، أشعر أو لم يشعر، وإلا فلا[2]، لأنه جزءه، وهو قول الشافعي رحمه الله[3].

ولو وجد حياً ولم يبق من حياته مقدار ما يذبح، ثم مات يؤكل[4].

٤٢٣- ويكره ذبح الشاة الحامل إذا كانت مشرفة على الولادة.

٤٢٤- شاة مريضة بقي فيها من الحياة مقدار ما يبقى في المذبوح بعد الذبح إذا ذبحها يحل عند أبي حنيفة[5]، وإن ذبحها ولم يعلم حياتها، إن كانت تحركت وخرج منها الدم يحل[6]، وإن لم تتحرك ولم يخرج منه الدم لا يحل،

---

[1] - وفي النسخ الثلاث: "الحيوان" والصواب ما كتبناه من الهداية والنوازل.

[2] - والأول هو الصحيح كما في المضمرات (جامع الرموز ٤٥/٣).

[3] - قال الشافعي والأصحاب: إذا ذبح المأكولة فوجد في جوفها جنينا ميتا، فهو حلال بلا خلاف، سواء أشعر أم لا (المجموع شرح المهذب ١٤٩/٩، ط الارشاد).

[4] - وفي الهندية (٢٨٧/٥، دار الفكر): هذا التفريع على قول أبي يوسف ومحمد لا على قول أبي حنيفة كذا في النهاية.

[5] - وعليه الفتوى (الغياثية: ١٢٩).

[6] - في الهندية (٢٨٦/٥، دار الفكر): الشاة المريضة إذا ذبحت ينظر إن كان فيها حياة مستقرة حلت بالذبح بالإجماع، وإن لم تكن الحياة فيها مستقرة تحل بالذبح سواء عاش أو لا يعيش عند أبي حنيفة وهو الصحيح، وأما خروج الدم بعد الذبح فيما لا يحل إلا بالذبح فلا بد من أحد شيئين: إما التحرك وإما خروج الدم فإن لم يوجد لا تحل.

وإن خرج الدم ولم تتحرك يحل أيضاً عند أبي حنيفة، وبه نأخذ[١].

٤٢٥- وإن شق الذئب بطن شاة، فبقي فيها حياة مقدار ما ذكرنا تحل أيضاً[٢].

وإن فتحت[٣] فاها أو عينها أكلت، وإن ضمتها لا تؤكل، وكذا إذا نام شعرها أو قبضت رجلها[٤]، وقيل: المعتبر فيه الحركة لا سيلان الدم[٥]، وقيل: إن سال يحل، وإن لم يسل لا يحل[٦].

---

[١] - وفي شرح الطحطاوي: خروج الدم لا يدل على الحياة إلا إذا كان يخرج كما يخرج من الحي، وهذا عند الإمام، وهو ظاهر الرواية (البزازية بهامش الهندية ٣٠٥/٦).

[٢] - إذا ذبحت، وعليه الفتوى (السراجية، باب الذكاة الاختيارية ص: ٨٨، انظر الدر المختار بهامش رد المحتار ٣٠٨/٦).

[٣] - أي ذبحت شاة لم تدر حياتها وقت الذبح ولم تتحرك بعد الذبح كحركة المذبوح ولم يخرج الدم إن فتحت فاها الخ (انظر الدر المختار مع رد المحتار كتاب الذبائح).

[٤] - ويخالفها ما في الدر المختار والهندية، ففي الدر المختار: ذبح شاة لم تدر حياتها وقت الذبح ولم تتحرك (أي بعد الذبح) ولم يخرج الدم إن فتحت فاها لا تؤكل، وإن ضمته أكلت، وإن فتحت عينها لا تؤكل، وإن ضمتها أكلت، وإن مدت رجلها لا تؤكل، وإن قبضتها أكلت، وإن نام شعرها لا تؤكل، وإن قام أكلت، لأن الحيوان يسترخي بالموت ففتح فم وعين، ومد رجل ونوم شعر علامة الموت، ومقابلها حركات تختص بالحي فدل على حياتها (الدر المختار مع رد المحتار ٤٤٨/٩ كتاب الذبائح، والهندية ٢٨٦/٥).

[٥] - قائله الإسكاف (البزازية بهامش الهندية ٣٠٥/٦).

[٦] - قائله الصفار (المصدر السابق).

٤٢٦- النحر في الإبل مستحب، لأنه أيسر عليه من الذبح، والذبح في البقرة والشاة مستحب، والتوسط فيهما أسهل، والسنة في النحر أن ينحرها قائما، وفي الشاة أن يذبحها مضطجعة مستقبل القبلة.

٤٢٧- وكره النبي -ﷺ- من الشاة سبعة أشياء[١]: الذكر، والقبل، والأنثيين، والدبر، والغدة[٢]، والمرة[٣]، والمثانة[٤]، والدم، ثم الدم كراهة تحريم، والبواقي كراهة تنزيه[٥].

---

[١] - روى عن مجاهد أنه قال: كره رسول الله -ﷺ- من الشاة: الذكر، والأنثيين، والقبل، والغدة، والمرارة، والمثانة، والدم (مصنف عبد الرزاق، المناسك، باب ما يكره من الشاة ٥٣٥/٤).

[٢] - الغدة: بالضم ج غدد: كل قطعة لحم صلبة تنبئ عن مرض بين الجلد واللحم تتحرك بالتحريك، وهي المراد بقول الفقهاء، ويكره أكل الغدة، (معجم لغة الفقهاء ص: ٣٢٨).

[٣] - هي مادة صفراء تكون في المرارة بالفتح، وهي هفة لازقة بالكبد لكل ذي روح إلا النعام والإبل (القاموس المحيط ص: ٦١٠)، انظر (لسان العرب ١٦٨/٥).

[٤] - المثانة: بفتح الميم: كيس في أسفل البطن يجتمع فيه البول في الإنسان والحيوان (معجم لغة الفقهاء ص: ٤٠٤).

[٥] - هكذا في النسخ الثلاث، والصواب أن الدم المسفوح حرام، والبواقي مكروه كراهة تحريم، وإليك ما في البدائع للكاساني: فالذي يحرم أكله منه سبعة: الدم المسفوح، والذكر، والأنثيان، والقبل، والغدة، والمثانة، والمرارة، لقوله عزوجل: "ويحرم عليهم الخبائث" وروي عن مجاهد أنه قال: كره رسول الله صلى الله عليه وسلم من الشاة الذكر الخ فالمراد منه كراهة التحريم،

٤٢٨- سنور قطع رأس دجاجة لا تؤكل بالذبح وإن تحركت، وكذا الذئب إذا قطع المذبح لا يؤكل بالذبح وإن تحركت، بخلاف الإبل الواقع في البئر.

والمروي عن أبي حنيفة أنه قال: الدم حرام وأكره الستة، أطلق اسم الحـــرام على الدم المسفوح، وسمى ما سواه مكروهاً، لأن الحرام المطلق مـــا ثبتـــت حرمته بدليل مقطوع به، وحرمة الدم المسفوح قد ثبتت بدليل مقطوع به فأما حرمة ما سواه من الأشياء الستة، فما ثبتت بدليل مقطوع به بل بالاجتهاد أو بظاهر الكتاب المحتمل للتأويل أو الحديث، لذلك فصل بينهما في الاسم فسمى ذلك حراماً وذا مكروها (بدائع الصنائع للكاساني كتاب الذبائح والصيود).

فصل فيما يحل أكله وما لا يحل

٤٢٩- ولا يجوز أكل كل ذي ناب من السباع، ولا ذي مخلب من الطيور للنهي[1]، والمراد من ذي ناب الذي يصيد بنابه، ومن ذي مخلب الذي يصيد بمخلبه، والمخلب للطائر كالظفر للإنسان.

٤٣٠- السبع كل مختطف منتهب جارح قاتل عادٍ عادةً، كالأسد، والذئب، والفهد، والضبع[2]، والثعلب، وقال الشافعي: الضبع، والثعلب مما يؤكل[3].

وذو المخلب من الطيور كالصقر[4]، والبازي، والشاهين، والنسر[5]، والعقاب[6].

---

[1] - روي عن ابن عباس قال: نهى رسول الله -ﷺ- عن أكل كل ذي ناب من السباع، وعن كل ذي مخلب من الطير (أبوداود، الأطعمة، باب في أكل السباع ٥٣٣/٢، مسلم، الصيد، باب تحريم أكل كل ذي ناب ١٤٧/٢، واللفظ لأبي داود).

[2] - بضم الباء وسكونها (جامع الرموز ٤٥١/٣) اسم للأنثى، ويقال: للذكر ضبعان بكسر فسكون (رد المحتار ٣٠٥/٦).

[3] - ر: المجموع شرح المهذب ٩/٩.

[4] - الصقر: الطائر الذي يصاد به (الصحاح ٧١٥/٢) ج أصقر وصقور وصقورة بضمهما (تاج العروس ٣/ ٣٣٩).

[5] - النسر: طائر لأنه ينسر الشيء ويقتنصه، ج: أنسر ونسور، (القاموس المحيط ص: ٦٢٠).

[6] - العقاب بالضم: طائر من الجوارح، يقع على الذكر والأنثى، ج أعقب وعقبان (القاموس المحيط ص: ١٥، تاج العروس ١/ ٣٩٣).

٤٣١- ومعنى التحريم في هذه الأشياء، والله أعلم، صيانة بني آدم كيلا يعتاد بشيء من هذه الأوصاف الذميمة بالأكل منهم كرامة لهم.

٤٣٢- ولا يؤكل الأبقع[١] الذي يأكل الجيف، وكذا الغراب[٢]، ولا بأس بأكل العقعق عند أبي حنيفة، ولا بأس بأكل الهدهد[٣]، والخطاف[٤] والفاختة، ويكره أكل الضب عندنا، خلافا للشافعي رحمه الله[٥]، وكذا جميع الحشرات لأنها من الخبائث.

٤٣٣- ولو أتى الحمار الأهلي على الحمار الوحشي يؤكل ولدها، وفي عكسه لا يؤكل[٦].

---

١ - الذي فيه بياض وسواد (جامع الرموز ٤٥١/٣).

٢ - وأما الغراب الأبقع، والأسود فهو أنواع ثلاثة: زرعي يلتقط الحب، ولا يأكل الجيف، وأنه لا يكره، ونوع منه لا يأكل إلا الجيف، وأنه مكروه، ونوع منه يخلط الحب بالجيف يأكل الحب مرة ويأكل الجيف أخرى وأنه غير مكـــروه عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف يكره (الفتاوى التاتارخانية بتحقيـــق شـــبير أحمد ٤٥١/١٨، رقم المسألة: ٢٩٥٥١، ط: مكتبة زكريا ديوبند الهند).

٣ - وهو طائر طويل الذنب فيه سواد وبياض، وعن أبي يوسف أنه يكره، وعـــن محمد إذا أكل الجيف يكره، وإذا التقط الحب لا يكره، كما في المحيط (جامع الرموز ٤٥٢/٣) والأصح قول الإمام (التبيين ٢٩٥/٥).

٤ - الخطاف: العصفور الأسود، وهو الذي تدعوه العامة عصفور الجنة، وجمعه خطاطيف (لسان العرب ٧٧/٩).

٥ - ر: المجموع شرح المهذب ١٣/٩.

٦ - لأن المعتبر في الحل والحرمة الأم فيما تولـــد مـــن مـــأكول وغيرمـــأكول (رد المحتار ٣٠٥/٦).

٤٣٤- ويكره لحم الفرس عند أبي حنيفة رحمه الله، وهو قول مالك رحمه الله[١]، والمراد كراهة تحريم، وهو الأصح[٢]، والترجيح بالمحرم أولى[٣]، أما لبنه فقد قيل: لا بأس بشربه، لأنه ليس في شربه تقليل آلة الجهاد[٤].

٤٣٥- ولا يؤكل من حيوان الماء إلا السمك، لأن سوى السمك خبيث، والطافي[٥] منه لا يؤكل، وهو الذي مات حتف أنفه، وإن مات منه

---

[١] - قال ابن رشد القرطبي:" وأما الخيل فذهب مالك وأبو حنيفة و جماعة أنها محرمة" (بداية المجتهد: ١/ ٤٦٩).

[٢] - واختلف المشايخ في تفسير الكراهية، فقال بعضهم: إنه كراهة تنزيه، وهو ظاهر الرواية، كما في كفاية المنتهي، وهو الصحيح على ما ذكره فخر الإسلام وغيره، وقال بعضهم: إنه كراهة تحريم، ونقل تصحيحه عن الخلاصة والهداية والمحيط والمغني وقاضيخان والعمادي والغياثية وغيرها، وعليه المتون، وأفاد أبو السعود أنه على الأول لا خلاف بين الإمام وصاحبيه، لأنهما وإن قالا بالحل، لكن مع كراهة التنزيه، كما صرح به في الشرنبلالية عن البرهان (ر: جامع الرموز ٤٥١/٣، والغياثية:ص/١٢٧، والسراجية:ص/ ٨٧، والهندية ٢٩٠/٥) ورجحه العلامة ابن عابدين الشامي بقوله: "وقدمنا هناك أن المعتمد رجوعه إلى قول صاحبيه بأن أكل لحمها مكروه تنزيها" (رد المحتار ٣٠٤/٦).

[٣] - في (ن،ع): "أولى" ساقط.

[٤] - وهو الأوجه (الدر المختار ٣٠٥/٦) قال العلامة قهستاني: "والأصح أنه يحل، كما في قاضيخان وغيره" (الجامع الرموز ٤٥١/٣).

[٥] - الطافي اسم فاعل كالسامي، وفي القاموس: طفا الشيء فوق الماء طفوا، إذا علا (رد المحتار ٣٠٧/٦) والمراد من السمك الطافي الذي يموت في الماء

بالحر أو البرد، ففيه روايتان[1]، وقال الشافعي رحمه الله: يحل أكل كل حيوان الماء[2] لإطلاق قوله تعالى: ﴿أحل لكم صيد البحر﴾[3]، واستثنى مالك[4]، وجماعة من العلماء منها الخنزير والكلب والإنسان، والخلاف في الأكل والبيع واحد.

٤٣٦- وقال مالك رحمه الله: أما الجراد لا يحل إلا[5] أن يقطع رأسه[6]

حتف أنفه من غير سبب فيعلو (تكملة فتح القدير ٥١٥/٩ كتاب الذبائح).

[1] - الأولى: لا يحل، وبه أخذ السرخسي، والثانية رواها الإمام محمد عن الإمام أبي حنيفة: يحل أكله، وبه أخذ الفقيه أبو الليث، وهو قول عامة المشايخ، وهو أظهر وأرفق، تجنيس، وعليه الفتوى، (ر: رد المحتار ٣٠٧/٦، والسراجية ص: ٨٧).

[2] - فيه ثلاثة أقوال، أصحها عند الأصحاب: يحل الجميع، وهو المنصوص للشافعي في الأم ومختصر المزني (المجموع ٣٤/٩، ط: الإرشاد).

[3] - المائدة:٩٦.

[4] - وقد ذكر المصنف في الهداية: بجواز جميع ما في البحر عند مالك فقال: وقال مالك وجماعة من أهل العلم بإطلاق جميع ما في البحر، وهو الصواب، ففي الجامع لأحكام القرآن: قال مالك: يؤكل ما في البحر من السمك والدواب، وسائر ما في البحر من الحيوان، وسواء اصطيد أو وجد ميتا..... إلا أن مالكا كان يكره خنزير الماء من جهة اسمه ولم يحرمه (الجامع لأحكام القرآن ٣١٩/٦/٣).

[5] - في (ن): "لا" بإسقاط الألف.

[6] - قال مالك: لا يؤكل من غير ذكاة، وذكاته عنده هو أن يقتل إما بقطع رأسه أو بغيرذلك (بداية المجتهد ٤٤٣/١).

لأنه صيد البر، ولنا قول علي رضي الله عنه: "كل كله"[1]، وهذا من فصاحته، ودل على إباحته، وإن مات حتف أنفه، بخلاف السمك، إذا مات من غير آفة لا يحل كالطافي، وعلى هذا إذا قطع بعض السمك فمات، يحل المبان والمبان منه، لأنه مات بآفة، وميتته بآفة حلال[2].

٤٣٧- حيوان علف نجاسة، فعن الحسن في الطير الحبس ثلاثة أيام، وفي الشاة عشرة أيام، وفي الإبل والبقرة شهراً[3] يعلف بعلف طاهر ثم يذبح، جدي[4] ربي بلبن حمار، قيل: هو بمنزلة الإبل الجلالة[5]، يعلف

---

[1] - قال الزيلعي: غريب بهذا اللفظ (نصب الراية ٢٠٥/٤)، روى عبد الرزاق في مصنفه (المناسك، باب الحيتان ٥/٤-٦، باب الهر والجراد ٥٣٢/٤)، وابن أبي شيبة في مصنفه (الصيد ٣٧٩/٥)، والبيهقي في سننه (الصيد والذبائح، باب في أكل الجراد ٢٥٨/٩).

[2] - الأصل في إباحة السمك عندنا أنه إذا مات بآفة يحل كالمأخوذ، وإذا مات حتف أنفه من غير آفة لا يحل كالطافي (الهداية مع تكملة فتح القدير ٥١٦/٩، ورد المحتار ٤٤٥/٩).

[3] - وفي الغياثية: وللشاة أربعة والإبل والبقر عشرة، هو المختار(ص: ١٢٧)، وقال السرخسي: الأصح عدم التقدير، ويحبس حتى تزول الرائحة المنتنة (البزازية بهامش الهندية ٣٠٢/٦).

[4] - الجدي من ولد المعز (الصحاح ٢٢٩٩/٦).

[5] - وهي التي الأغلب من أكلها النجاسة، لأنه إذا كان غالب أكلها النجاسة يتغير لحمها وينتن فيكره أكله كالطعام المنتن، ولا يحل الانتفاع بها من الحمل وغيره إلا أن تحبس أياماً وتعلف فحينئذ تحل، ثم ليس لحبسها تقدير في ظاهر الرواية (الهندية ٢٨٩/٥، في بيان ما يؤكل من الحيوان وما لا يؤكل).

بعلف طاهر ثم يذبح.

٤٣٨- فإذا فرخ الطير في أرض الغير فهو لمن أخذه، وكذا إذا باض فيها، أو تكنس ظبي فيها، لأنه مباح لمن سبقت يده إليه، والأرض ليست بمعدة لهذه الأشياء فصارت كالسكر والدراهم المنثورة، إذا وقعت في ثياب رجل وقت ما نثره[١] لم يصر ملكاً، إلا أن يكف ثوبه أو كان معدا له.

٤٣٩- وأما إذا عسل النحل في أرض لرجل، يصير ملكا له تبعا لأرضه، كالشجر النابت أو التراب المجتمعة في أرضه بجريان الماء.

[١] - في (ن،ع): "وقت ما اشتراه".

كتاب الأضحية

٤٤٠- الأضحية واجبة[1] على كل حر مسلم مقيم موسر في يوم الأضحى، والبلوغ ليس بشرط فيها، ويراد به التضحية، لأن الأفعال توصف بالوجوب، وأما العين توصف بالحل والحرمة، ولا توصف بالوجوب وعدمه.

٤٤١- والأضحية اسم ما يضحى بها، والدليل على الوجوب بما[2] روي عن النبي -ﷺ-: "على كل مسلم في كل عام عتيرة وأضحاة[3]"،

---

[1] - فيها ثلاث روايات: الأولى: أنها واجبة، وهي قول أبي حنيفة، والحسن وإحدى الروايتين عن أبي يوسف ومحمد، والثانية: أنها مؤكدة، وهي قول الصاحبين، والثالثة: أنها فريضة، نقلها عن الطرفين قاضيخان، والصحيح أنها واجبة، كما في المضمرات (ر:٢٨٦/٦، والسراجية ص: ٨٨، وجامع الرموز ٤٥٢/٣، ورد المحتار ٣١٣/٦).

[2] - ينبغي أن يكون" ما" بدل" بما" بإسقاط الباء منه.

[3] - غريب بهذا اللفظ، قال الزيلعي: ويروى "على كل مسلم في كل عام أضحاة وعتيرة" قلت: رواية غريبة (٢١١/٤) وروى النسائي (الفرع والعتيرة ٢/ ١٨٨)، وأبو داود (أوائل الضحايا ٣٨٥/٢)، والترمذي (الأضاحي، باب بعد "باب الأذان في أذن المولود" ٢٧٨/١) عن مِحنَف بن سليم قال: بينا نحن وقوف مع النبي -ﷺ- بعرفات، فقال:" يا أيها الناس على كل أهل بيت في كل عام أضحية وعتيرة"، قال الترمذي: هذا حديث حسن غريب، لا نعرفه

وكلمة "على" للوجوب، ثم نسخت العتيرة، وهي كانت شاة تذبح في رجب في الجاهلية، وبقيت الأضحية على حالها، ولأنها قربة يضاف إليها وقتها، يقال: يوم الأضحى، وذلك يأذن بالوجوب، لأن الإضافة للاختصاص وهو بالوجود، والوجوب يفضي إلى الوجود، وعن أبي يوسف أنها سنة، وهو قول الشافعي[1]، وروى الطحاوي[2] على قول أبي يوسف

إلا من هذا الوجه، واللفظ للنسائي، وروي أيضاً: "من وجد سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا" أخرجه ابن ماجه (٣١٢٣)، والحاكم (٣٨٩/٢).

[1] - إنه قال: "والأضحية سنة تطوع، لا نحب تركها" (مختصر المزني ص: ٢٨٤).

[2] - "الطحاوي" ساقط في (م)، وهو أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن سلمة بن عبد الملك بن سلمة بن سليم بن سليمان الأزدي، الحجري، المصري، الطحاوي، المولود سنة ٢٢٩هـ /٨٥٣م على الصحيح والمتوفى سنة ٣٢١هـ/ ٩٣٣م بمصر، فقيه حنفي مجتهد محدث حافظ مؤرخ، صاحب التصانيف البديعة، تفقه بالقاضي أبي حازم عبد الحميد وبغيره، سمع هارون بن سعيد الأيلي وطبقته، وروى عنه الطبراني، وأبو بكر ابن المقرئ وآخرون، وثقه ابن يونس وغيره، ومن تصانيفه الجليلة: أحكام القرآن، واختلاف العلماء، وشرح معاني الآثار، ومشكل الآثار، والشروط والمختصر في الفقه، والمحاضر والسجلات، والتاريخ الكبير، والأزدي: نسبة إلى الأزد، وهي قبيلة مشهورة من قبائل اليمن، والحجري: هذه النسبة إلى ثلاثة قبائل، منها حجر الأزد، منهم الطحاوي، والطحاوي: نسبة إلى طحا قرية بصعيد مصر (ر: تذكرة الحفاظ ٨٠٨/٣-٨١١، وفيات الأعيان ٧١/١، ٧٢، والفوائد البهية ص: ٣١، ٨٣٤، والحاوي في سيرة الإمام الطحاوي لزاهد الكوثري، ومعجم المؤلفين ١٠٧/٢).

ومحمد رحمهما الله أنها سنة مؤكدة.

٤٤٢- وتجب عن نفسه، لأنه أصل في الوجوب عليه، وعن ولده الصغير في رواية كصدقة الفطر، وروي عن أبي حنيفة أنها لا تجب عن ولده الصغير في رواية، بخلاف صدقة الفطر، وهو الظاهر[١]، والفرق بينهما وهو أن الأضحية عبادة محضة، فلا تجب على الغير بسبب الغير.

٤٤٣- وإن كان للصغير مال يضحي من مال الصغير عند زفر[٢] والشافعي[٣] رحمهما الله، ويأكل الصبي منها قدر حاجته، ويبيع الوصي الباقي، ويشتري بثمنه شيئاً آخر لينتفع الصبي، وقيل: لا يضحي عن مال الصغير في قولهم جميعاً، لأن هذه القربة تتأدى بالإراقة، والصدقة

---

[١] - الأضحية عن طفله من مال الأب تستحب، ولا تجب على الأب الموسر من ولده الصغير المعسر أن يضحي عنه من مال نفسه في ظاهر الرواية، وهو الأصح، وعليه الفتوى (ر: البزازية بهامش الهندية ٢٩٥/٦، والغياثية ١٣٠/٢، والسراجية ص: ٨٨، والدر المختار ورد المحتار ٣١٥/٦).

[٢] - لعله وقع التصحيف في العبارة، لأنه جاء في الهداية عكسه:" وإن كان للصغير مال يضحي عنه أبوه أو وصيه من ماله عند أبي حنيفة و أبي يوسف، وقال محمد وزفر والشافعي: يضحي من مال نفسه لا من مال الصغير، فالخلاف في هذا كالخلاف في صدقة الفطر" (٤٤٤/٤) كذا نقل قول محمد وزفر في البزازية بهامش الهندية (٢٩٥/٦).

[٣] - قال النووي خلافه في المجموع: "مذهبنا أنه لا يجوز لولي اليتيم والسفيه أن يضحي من مالهما" (٤٠٤/٨، ط مكتبة الإرشاد).

بعدها تطوع، فلا يجوز ذلك من ماله، ولا يمكنه أن يأكل كله[1].

٤٤٤- ولو كان الأب مسافراً يضحي عن أولاده الصغار المقيمين، ولو كان على عكسه يضحي عن نفسه خاصة.

٤٤٥- ولا أضحية على الحاج المسافر.

٤٤٦- والبدنة والبقرة تجزئ عن سبعة، لكن بشرط أن يقصد الكل قربةً، وإن اختلفت جهاتها، كالأضحية، والقران، والمتعة، وقال مالك رحمه الله: تجزئ عن أهل بيت واحد وإن كثر من السبع، ولا تجوز عن أهل بيتين وإن كانوا أقل منها[2].

---

[1] - اختلفت الروايات والأقاويل في ذلك، قال بعضهم: تجب في ماله عند الشيخين، وقال محمد وزفر: لا تجب في ماله وهو ظاهر الرواية، وقيل: لا تجوز التضحية من مال الصغير في قولهم جميعا (ر: الغياثية: ١٣٠) ونقل المؤلف عنهما وعن الشافعي في الهداية بأنه يضحي من مال نفسه لا من مال الصغير (٤٤٤/٤) كذا في البزازية، وبه قال بعض مشايخنا (ر: الهداية ٤٤٤/٤) والصحيح عدم وجوبها في مال الطفل (الدر المختار ورد المحتار ٣٥٩/٦)، ورجحه ابن الشحنة والطرسوسي بأن القواعد تشهد له، ولأنها عبادة، قال الحصكفي: وهو المعتمد لما في مواهب الرحمن من أنه أصح ما يفتى به (ر: المصدر السابق ٣١٦/٦، ٣١٧)، عصارة الكلام أنها لا تجب على الصغير في ماله ولا في مال أبيه أصلا على الأصح، وإن أراد الأب أن يضحي عنه فلا يضحي من ماله بل من مال نفسه، وإن ضحى من مال الصغير لا يضمن في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وعليه الفتوى، ويضمن في قول محمد وزفر(الخانية بهامش الهندية ٣٤٦/٣).

[2] - ر: بداية المجتهد ٤٣٣/١ - ٤٣٥.

٤٤٧- ولو اشترى بقرة يريد أن يضحي بها عن نفسه، ثم اشترك فيها ستة[١] معه[٢] أجزأه استحساناً، وفي القياس لا يجوز، وهو قول زفر رحمه الله.

٤٤٨- الأضحية من الإبل والبقر والغنم، ولم يرد الشرع بغيرها[٣].

٤٤٩- ووقتها من طلوع الفجر[٤] من يوم النحر ويومان بعده، فالحاصل أن أيام النحر وأيام التشريق[٥] ثلاثة، والكل يمضي بأربعة أيام،

---

[١] - في (ن،ع): "سبعة".

[٢] - هذا للغني، وأما الفقير فلا يجوز له أن يشرك فيها، لأنه أوجبها على نفسه بالشراء للأضحية، فتعينت للوجوب (رد المحتار ٣١٧/٦).

[٣] - أما الإبل والغنم فروي عن أنس قال: "ونحر النبي -ﷺ- بيده سبعة بدن قياما، وضحى بالمدينة كبشين أملحين أقرنين" (البخاري: الحج، باب من نحر بيده:١/ ٢٣١، واللفظ له، مسلم: الأضاحي، باب استحباب استحسان الضحية ١٢- ١٥٥)، وأما البقرة ففي مسلم عن جابر قال: "ذبح رسول الله -ﷺ- عن عائشة بقرة يوم النحر" (المناسك، باب الاشتراك في الهدي ٤٢٤/١).

[٤] - إلا أنه لا يجوز لأهل الأمصار الذبح حتى يصلي الإمام العيد، فأما أهل السواد فيذبحون بعد الفجر (ر: الهداية ٤٤٥/٤).

[٥] - وأما أيام التشريق، فأولها من فجر يوم عرفة في ظاهر الرواية، واختلف في آخرها، قال أبوحنيفة إلى عصر العيد، وهي ثمان صلوات، وقالا: إلى عصر اليوم الخامس، وهي ثلاث وعشرون صلاة، وعليه الاعتماد والعمل والفتوى في عامة الأمصار وكافة الأعصار (ر: الدر المختار ورد المحتار ١٨٠/٢، والسراجية ص: ١٨).

أولها نحر خاص، وآخرها تشريق خاص، والمتوسطان نحر وتشريق.

٤٥٠- ويجوز الذبح بلياليها أيضاً، إلا أنه يكره، وقال الشافعي رحمه الله: ثلاثة أيام بعد النحر[١]، [ولا اعتماد بقول القائل يوم النحر يوم الصوم، وربما يتقدم ويتأخر، حتى لا تجوز الأضحية فيه ولا يكره الصوم][٢].

٤٥١- ولا تجوز مقطوعة الأذن والذنب، وإن كان أكثر الأذن والذنب معها جاز، واختلفت الرواية في مقدار الأكثر، قيل: هو أكثر من الثلث اعتباراً بالوصية، وقيل: الربع، وهذا كله عند أبي حنيفة[٣] رحمه الله، وقالا: هو أكثر من النصف.

---

[١] - قال النووي: "فاتفقت نصوص الشافعي والأصحاب على أنه يخرج وقتها بغروب شمس اليوم الثالث من أيام التشريق" (المجموع ٣٥٨/٨).

[٢] - في (ن،ع): "والاعتماد"، ما بين القوسين غير مفهوم.

[٣] - عبارة الهداية واضحة وهي: واختلفت الرواية عن أبي حنيفة في مقدار الأكثر ففي الجامع الصغير عنه: وإن قطع من الذنب أو الأذن أو العين أو الإلية الثلث أو أقل أجزأه، وإن كان أكثر لم يجزه، لأن الثلث تنفذ فيه الوصية من غير رضا الورثة فاعتبر قليلاً، ويروى عنه الربع، ويروى الثلث لقوله عليه السلام: "الثلث والثلث كثير" وقال أبويوسف ومحمد: إذا بقي الأكثر من النصف أجزأه اعتبارا للحقيقة ... وقال أبويوسف: أخبرت بقولي أبا حنيفة فقال: قولي هو قولك، قيل: هو رجوع منه إلى قول أبي يوسف (الهداية مع تكملة شرح فتح القدير ٥٢٩/١٠، كتاب الأضحية، وانظر للتفصيل رد المحتار ٤٦٨/٩، الأضحية).

٤٥٢- ولا يضحي بالعمياء، والعوراء[١]، والعرجاء[٢]، والعجفاء[٣] التي لا تنقي[٤]، ويجوز بالجماء[٥] وهي التي لا قرن لها، ولا يجوز السكاء، وهي التي لا أذن لها خلقة، وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله[٦]، ولا يجوز الهتماء وهي التي لا سن لها، والجرباء[٧] إذا كانت سمينة يجوز.

---

١ - ذهاب إحدى العينين، وهو أعور، وهي عوراء (معجم لغة الفقهاء ص:٣٢٤).

٢ - العرج: آفة في الرجل تجعل الماشي يميل إلى أحد جانبيه في مشيته (نفس المصدر ص: ٣٠٨)، مؤنثه عرجاء، والمراد هنا: التي لا تمشي إلى المنسك (كذا في الهداية)، وفي رد المحتار: والعرجاء أي التي لا يمكنها المشي برجلها العرجاء إنما تمشي بثلاث قوائم حتى لو كانت تضع الرابعة على الأرض وتستعين بها جاز (رد المحتار ٤٦٨/٩، كتاب الأضحية).

٣ - العجف، بفتح العين والجيم، وهو أعجف، وهي عجفاء: الهزال(نفس المصدر ص: ٣٠٥)، والعجفاء المهزولة التي لا مخ في عظامها (رد المحتار ٤٦٨/٩).

٤ - مأخوذ من النقي بكسر النون وإسكان القاف هو المخ: أي لا مخ لها، وهذا يكون من شدة الهزال كذا في رد المحتار ٤٦٨/٩، الأضحية.

٥ - الجماء من البقر والشاة: التي لا قرن لها، ج جمّ (معجم لغة الفقهاء ص: ٣٠٥).

٦ - وفي الغياثية: "إن خلقت بلا أذنين ففيه روايتان، والفتوى أنها لا تجزئ" (ص:١٣١).

٧ - الجرب محركة: خلط غليظ يحدث من مخالطة البلغم الملح للدم يكون معه ثبور، وربما حصل معه هزال لكثرته (تاج العروس ١٧٨/١) مؤنثه الجرباء، وفي الهداية: والجرباء إن كانت سمينة جاز وإن كانت مهزولة لا يجوز، لأن الجرب في اللحم نقص (الهداية مع شرح تكملة فتح القدير ٥٣٠/١٠، دار الكتب العلمية).

٤٥٣- الجذع[1] من الضأن يجوز، وهو ما تمت له ستة أشهر، وقيل: ابن سبعة أشهر[2]، والثني من الضأن والمعز ابن سنة، ومن البقر ابن سنتين، ومن الإبل ابن خمس سنين، ويدخل في البقر الجاموس كما يدخل في الغنم المعز.

٤٥٤- ولو ولدت الأضحية قبل الذبح يذبح معها[3]، وقيل: لا يذبح، ولكن يتصدق[4].

٤٥٥- ويكره أن يجز صوف الأضحية، وكذا الانتفاع بلبنها مكروه.

---

[1] - الجذع بفتحتين: وهو في اللغة من جنس الضأن ما تمت لـــه ســـنة، وعنـــد الفقهاء ما تمت له ستة أشهر (الهداية والعناية مع تكملة فتح القدير ٥٣١/٩، دار الكتب العلمية). فيجوز إذا كان عظيما سمينا لورآه إنسان يحـــسبه ثنيـــاً، فلو كان صغير الجثة لا يجوز إلا إذا دخل في السنة الثانية، علما بـــأن هـــذا من الضأن، لأنه لا يجوز من المعز وغيره بلا خلاف كما في المبسوط (ر: جامع الرموز ٤٥٦/٣، والخانية بهامش الهندية ٣٤٨/٣، والدر المختار مـــع الرد:٦/ ٣٢٢).

[2] - قائله الزعفراني (جامع الرموز ٤٥٦/٣).

[3] - إلا أنه لا يأكل منه بل يتصدق به فإن أكل منه تـــصدق بقيمـــة مـــا أكـــل، والمستحب أن يتصدق به خانية قيل: ولعل وجهه عـــدم بلـــوغ الولـــد ســـن الإجزاء فكانت القربة في اللحم بذاته لا في إراقة دمه (رد المحتـــار ٤٦٧/٩ كتاب الأضحية، دار الكتب العلمية).

[4] - فيه تفصيل، وهو إن كان للفقير أو الغني إذا نذر فيذبح الولد مع الأم، وإلا له الخيار بين الذبح والتصدق به حيا مطلقـــا (ر: البزازيـــة بهـــامش الهنديـــة ٢٩٤/٦).

٤٥٦- سبع شياه أفضل من بقرة واحدة، وقيل: البقرة أفضل منها تعظيماً لشعائر الله تعالى، وقيل: يعتبر بالأحب عندهم[١].

٤٥٧- رجل اشترى شاة سليمة للأضحية، فتعيبت بعيب مانع، إن كان غنياً عليه غيرها، وإن كان فقيراً تجزيه هذه، لأن الوجوب على الغني بالشرع ابتداء لا بالشراء، فلم تتعين به، وعلى الفقير بشرائه بنية الأضحية[٢] فتعينت، ولا يجب عليه ضمان نقصانه بالتعيب كما في باب الزكاة.

٤٥٨- وعلى هذا الأصل قالوا: إذا ماتت المشتراة للأضحية على المؤسر مكانها أخرى، ولا شيء على الفقير، وأما الفقير إذا اشترى أضحية فسرقت فاشترى أخرى ثم وجد الأولى، فعليه أن يضحي بهما، لأن الوجوب عليه بالشراء، فيتعدد الوجوب بتعدد الشراء عليه[٣]، بخلاف الغني، فالوجوب بإيجاب الشرع عليه، فالشرع لم يوجب عليه إلا أضحية واحدة، وهو مخير بينهما، إن شاء ذبح الأول، وإن شاء ذبح الثانية إن كانت قيمتها مثل قيمة الأول أو أكثر.

٤٥٩- ولهذا لو مضت أيام النحر والمرأ لم يضح، إن كان فقيراً وقد اشترى شاة بنية الأضحية، يجب عليه أن يتصدق بها حية، وإن كان

---

١ - لم أجد قائله، ولكن رأيت أصلا في رد المحتار، معزيا إلى التاتارخانية: "والأصل في هذا إذا استويا في اللحم والقيمة، فأطيبهما لحما، وإذا اختلفا فيهما فالفاضل أولى" (٣٢٢/٦).

٢ - وإن لم يقل بلسانه شيئا، وعليه الفتوى (ر: الغياثية ص: ١٢٩).

٣ - في (ن،ع): "عليه" ساقط.

غنياً يجب أن يتصدق قيمة الشاة سواء كان اشتراها أو لم يشتر[1]، لأن الواجب عليه إراقة الدم في أيام النحر فبمضي وقتها عاد معنى القربة إلى العين وهو التصدق، وهو المنقول[2] في الأصل، كالجمعة بعد فواتها يقضى الظهر، والصوم بعد العجز تعطى الفدية.

٤٦٠- الفقير إذا اشترى أضحية فضاعت، ليس عليه غيرها، لأنها تعينت بالشراء فسقط بهلاكها، بخلاف الغني.

٤٦١- ولو ضحى للميت فالأجر للميت والملك للمضحي، فيأكل منه ويطعم الأغنياء والفقراء ويدخر، كما لو ضحى لنفسه، هذا إذا لم يأمره الميت، أما إذا أمره الميت فليس له أن يتناول منه، وهو المختار[3]، لأنه وقع عن الميت.

٤٦٢- ومن غصب شاة فضحى بها ضمن قيمتها، وجاز عن أضحيته، لأنه إذا ملكها بالضمان ملكها من وقت الغصب[4]، بخلاف مالو أودع شاة عند آخر فضحى بها حيث لا يجوز عنه، لأنه ملكها بعد الذبح، والله أعلم.

---

[1] - وفي الهداية: فإذا فات الوقت وجب عليه التصدق إخراجاً لـــه عـــن العهـــدة (هداية مع تكملة شرح فتح القدير ٥٢٨/٩ كتاب الأضحية)، وتعقبـــه الـــشيخ شاهين بأن وجوب التصدق بالقيمة مقيد بما إذا لم يشتر أما إذا اشترى فهـــو مخير بين التصدق بالقيمة أو التصدق بها حية كما في الزيلعي (رد المحتـــار ٤٦٥/٩ كتاب الأضحية، دار الكتب العلمية).

[2] - في (ن): "المفعول" وفي (ع): "المعقول".

[3] - (الغياثية ص:١٣٠).

[4] - هو المختار: (الغياثية ص: ١٣٠).

كتاب الوقف

٤٦٣- الوقف في اللغة هو الحبس، وفي الشرع على قول أبي حنيفة رحمه الله: هو حبس العين على ملك الواقف، والتصدق بالمنفعة على الفقراء بمنزلة العارية، ثم قيل: المنفعة معدومة، فالتصدق بالمعدوم لا يجوز، فلا يصح الوقف أصلا عنده، فرجوعه عنه امتناع عن تمليك منافع معدومة، فله ذلك، والأصح أنه جائز عنده إلا أنه غير لازم بمنزلة العارية. وله أن يرجع عنه قبل الحكم ويتملك، لأن ملكه باق، ولهذا له ولاية التصرف في غلته إلى مصارفها، ونصب القوام فيها فأشبه العارية، ولأنه يحتاج إلى التصدق بالغلة دائماً، ولا يكون هذا إلا بالبقاء على ملكه، إذ لو زال ملكه لا إلى مالك يصير كالسائبة، وهذا غير مشروع بخلاف المسجد، لأنه جعله خالصا لله تعالى، ولهذا لم يبق له حق الانتفاع به بعده، وبخلاف الإعتاق[1]، لأنه إتلاف وإزالة ملك، والفتوى اليوم على إمضائه فيما بينه وبين الله تعالى، ويمنع عن التصرف والرجوع عنه عنده أيضاً.

وعندهما الوقف حبس العين على حكم ملك الله تعالى، لأن له فيه حق التمليك، فلما أزال الواقف حق تملكه يزول ملكه عنه إلى الله تعالى

---

[1] - في (م): "الأعيان" مكان "الإعتاق".

على وجه تعود منفعته إلى العباد، كالإعتاق فيلزمه[1]، ولهذا قالوا: الوقف أولى من الإعتاق، لأن منفعته أعم منه.

٤٦٤- ولا يباع الوقف، ولا يوهب، ولا يورث، فصار بمنزلة المسجد، أو جعل أرضه مسجداً أو الإعتاق.

٥٦٥- ثم قال أبوحنيفة رحمه الله: لا يزول ملك الواقف عن الوقف إلا أن يحكم به حاكم أو يعلقه بموته.

وتفسير حكم الحاكم، وهو: أن الواقف يسلم الوقف إلى المتولي، ثم يرجع بعده، فيختصمان إلى القاضي [فيقضي القاضي][2] بلزومه فيتأكد به، لأنه قضاء في مجتهد فيه، فيلتحق بالمقطوع به، كذا ذكره في الفتوى، أما تعليقه بالموت، فالصحيح أنه لا يزول ملكه فيه، إلا إذا تصدق بمنافعه مؤبداً فيلزم، فصار[3] بمنزلة الوصية بالمنافع، فيلزم من غير حكم الحاكم، والمراد بالحاكم المولى[4]، وأما المحكم ففيه اختلاف المشايخ.

---

[1] - وهو قول عامة العلماء واستمر عمل الصحابة والتابعين ومن بعدهم على ذلك، وعليه الفتوى (ر: الدر المختار ٣٣٨/٤، ٣٣٩).

[2] - ما بين القوسين ساقط في (ن،ع).

[3] - في (ن،ع): "فصار" ساقط.

[4] - المولى: أي الذي ولاه الخليفة عمل القضاء، وأما المحكم وهو الذي يفوض إليه الحكم في حادثة معينة باتفاق المتخاصمين ففيه اختلاف المشايخ. قال في كتاب القضاء من خلاصة الفتاوى: وأما حكم المحكم في اليمين المضافة وسائر المجتهدات فالأصح أنه ينفذ (العناية مع فتح القدير ١٩٤/٦ كتاب الوقف). ولكن لا يفتى به وكذا لا يرفع الخلاف بحكمه على الصحيح،

٤٦٦- ولو وقف في مرض موته، قال الطحاوي: فهو بمنزلة الوصية بعد الموت، والصحيح أنه لا يلزم عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما يلزم إلا أنه يعتبر من الثلث، والوقف في الصحة يعتبر من جميع المال.

٤٦٧- وإذا كان الملك يزول عندهما، يزول بالقول عند أبي يوسف رحمه الله[١]، وهو قول الشافعي رحمه الله[٢] بمنزلة الإعتاق، لأنه إسقاط، وعند محمد رحمه الله لابد من التسليم إلى المتولي، لأن حق الله تعالى إنما يثبت فيه في الضمن بالتسليم إلى العبد، لأن التمليك من الله تعالى لا يتحقق مقصوداً، لأنه هو مالك الأشياء، وإنما يكون تبعاً لغيره، فيأخذ حكمه، فينزل[٣] منزلة الزكاة والصدقة.

٤٦٨- أما المسجد إذا صلى فيه واحد يزول ملكه عند أبي حنيفة

وللقاضي أن يبطله (الخانية بهامش الهندية ٢٨٦/٣) ومثله في الإسعاف خلافا لما صححه في الجوهرة (رد المحتار ٣٤٤/٤).

[١] - اختلف في الترجيح، فقال عامة المشايخ: والفتوى على قول محمد (ر: السراجية ص: ٩٠، ورد المحتار ٣٤٩/٤)، وكثير من المشايخ أخذوا بقول أبي يوسف، وقالوا: عليه الفتوى، وقال الحصكفي: والأخذ بقول الثاني أحوط وأسهل: بحر، وفي الدر عن صدر الشريعة: وبه يفتى، وأقره المصنف (الدر المختار ورد المحتار ٣٤٩/٤)، وصححه ابن الهمام وأفاد أيضاً: هو الصحيح عند المحققين (فتح القدير٢٠١/٦، ٢٠٢)، ولم يرجح أحد قول الإمام (ردالمحتار ٣٤٩/٤).

[٢] - ر: المهذب مع المجموع ٢٧٠/١٦.

[٣] - في (م): "فيزول" وهو خطأ.

رحمه الله، لأن الحبس متعذر، فيقوم الأدنى[1] مقام التسليم، وعند محمد رحمه الله أنه يشترط الصلاة بالجماعة[2]، لأن المسجد بني[3] لذلك في الغالب.

٤٦٩- اتخاذ الرباط والخان لأبناء[4] السبيل قربة، لأنه مسكن الأحياء من الغرباء، كما أن المقابر مسكن الأموات.

٤٧٠- وإذا صح الوقف خرج الوقف من ملك الواقف ولم يدخل في ملك الموقوف عليه عندنا، لأن الوقف يمنع ثبوت الملك لأحد.

٤٧١- ووقف المشاع جائز فيما يحتمل القسمة، كالدور والعقار عند أبي يوسف رحمه الله كالإعتاق، لأن القبض ليس بشرط عنده، فكذا ما يتم به وهو القسمة، والمقصود منه قسمة الغلة لا قسمة العين، وعن محمد رحمه الله لا يجوز، لأن القبض شرط عنده، فكذا ما يتم به كالهبة وهذا فيما يحتمل القسمة.

٤٧٢- وأما فيما لا يحتمل القسمة كالحمام والبئر، فإن الشيوع لا يمنع صحته عند محمد أيضاً، إلا في المسجد والمقبرة لا يصح مع

---

[1] - في (ن،ع): "الآدمي"، وفي الهداية: "لأن فعل الجنس متعذر فيشترط أدناه" (الهداية مع فتح القدير ٢١٦/٦، ٢١٧، دار الكتب العلمية).

[2] - وعند أبي يوسف بالفعل أى بالإفراز بطريقة، وبقوله: جعلته مسجدا، ومن المعلوم أن قوله يرجح في الوقف والقضاء، كذا في الدر المنتقى والتنوير والدرر والوقاية وغيرها (ر: رد المحتار ٣٥٦/٤، ٣٥٧).

[3] - في (ن،ع): "بني" ساقط.

[4] - في (ن،ع): "لأنها" محل "لأبناء".

الشيوع أصلا.

ثم إذا صح عند أبي يوسف رحمه الله[1] تصح المقاسمة أيضاً عنده إذا طلب الشريك القسمة، لأن القسمة تمييز وإفراز للأنصباء، غاية الأمر أن الغالب في غير المثليات معنى المبادلة والمعاوضة، إلا أن في الوقف جعلنا الغالب معنى الإفراز نظراً للوقف، فلم يكن تبعاً و تمليكاً، وأما فيما لا يحتمل كالبئر والحمام والفناء يجوز عند محمد أيضاً، كالهبة والصدقة.

٤٧٣- ولايتم الوقف عند أبي حنيفة و محمد رحمهما الله حتى يجعل آخره بجهة لا تنقطع أبداً، وقال أبو يوسف: إذا سمى فيه جهة تنقطع جاز وصار بعدها للفقراء وإن لم يسمهم[2]، لأنه إزالة الملك بدون التمليك كالإعتاق، فيقتضي التأبيد بدون ذكر التأبيد[3]، وقيل: ذكر التأبيد شرط عند محمد رحمه الله، و[4] الصحيح أنه قول الكل، ولأبي حنيفة رحمه الله[5] أن موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك، والتأبيد شرط

---

[1] – في (ن): "زيد أبي حنيفة"، وعلمت أرجحية قول أبي يوسف في القضاء والوقف.

[2] – في (ن): "سهم" وفي (ع): "وإن لم يبينهم".

[3] – قال الصدر الشهيد: "ومشايخ بلخ يفتون بقول أبي يوسف، ونحن نفتي به أيضا لمكان العرف..... لأن العرف إذا كان يصرفه للفقراء كان كالتنصيص عليهم" (فتح القدير ٦/ ٢٠٦).

[4] – حرف "و" ساقط عن (ن).

[5] – وفي الهداية: لهما أن موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك وأنه يتأبد

كالعتق، ولهذا يبطل التوقيت في البيع، فإذا كان ذكر التأبيد شرطاً يتفرع عليه مسألتان: وهو صحة وقف العقار، وعدم صحة المنقول[١].

٤٧٤- ولو وقف أرضاً ثم استحق[٢] جزء منها، بطل الوقف في الباقي عند محمد رحمه الله، لأنه إن كان الشيوع مقارناً به يمنع صحته فكذا إذا كان لاحقاً به، كما في الهبة، بخلاف ما إذا وقف في مرضه وفي المال ضيق حيث يصح في الثلث لأن الشيوع فيه طارئ، ولو استحق جزء معين لم يبطل في الباقي لعدم الشيوع، وكذا في الهبة والصدقة، ويصح وقف العقار وإن كان مشاعا، فإذا طلب الشريك القسمة، فتصح مقاسمته عند أبي يوسف رحمه الله مع أن جهة المبادلة راجحة في القسمة في العقار، إلا أنا جعلنا الغالب في الوقف معنى الإفراز نظراً للوقف حتى لا يكون بيعاً، وإن كان العقار كله له فوقف نصفه فالقاضي يطلب القسمة، أو يبيع نصفه من آخر فالمشتري يطلب القسمة، لأن الواحد لا يكون مقاسما ومقاسما[٣].

كالعتق، فإذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه مقتضاه، فلهذا كان التوقيت مبطلاً له كالتوقيت في البيع (الهداية مع فتح القدير ١٩٨/٦ كتاب الوقف، دار الكتب العلمية).

[١] – أي لا يجوز وقف ما ينقل ويحول عند أبي حنيفة (ر: الهداية مع فتح القدير ٣٠٠/٦، دار الكتب العلمية).

[٢] – في (ن،ع): "استخرجها".

[٣] – أي لو كان له عقار مائة ذراع وهو خالص له لا شراكة لغيره فيه فوقف منه خمسين ذراعاً وجب أن يكون القاسم هاهنا غير الواقف لئلا يلزم أن يكون

٤٧٥- ولو كان في القسمة فضل دراهم[١]، إن أُعطِيَ الواقفُ لا يجوز، لأنه بيع الوقف، وإن أعطى بقدر[٢] له، يجوز، لأنه شراء بقدر الدراهم.

٤٧٦- ووقف المنقول فيما فيه تعامل يجوز عند محمد[٣] والشافعي

الشخص الواحد مطالباً ومطالبا، فإن مقاسم النصف الذي هو الوقف مطالب من مالك النصف الذي هو غير وقف، ومالك النصف مطالب وهو الواقف بعينه المقاسم لنصف الوقف فكان مطالبا ومطالبا، وهو لا يجوز فيرفع أمره إلى القاضي ليقاسمه، أو يبيع نصيبه من رجل ثم يقاسم المشتري ثم يشتري ذلك منه (العناية مع فتح القدير ٢٠٥/٦ كتاب الوقف، دار الكتب العلمية).

[١] - بأن كان أحد النصيبين أجود من الآخر فدعت الضرورة إلى إدخال الدراهم في القسمة أو تراضيا على ذلك فإن كان الآخذ للدراهم هو الواقف بأن كان النصف الذي هو غير الوقف هو الأحسن لا يجوز، لأنه يعطي بمقابلة الدراهم شيئاً من الوقف فيصير بائعاً بعض الوقف، وبيع الوقف لا يجوز، وإن كان الآخذ شريكه بأن كان نصيب الوقف أحسن جاز، لأن الواقف مشتر لا بائع فكأنه اشترى بعض نصيب شريكه فوقفه (العناية وفتح القدير مع الهداية ٢٠٥/٦ كتاب الوقف، دار الكتب العلمية).

[٢] - لفظ "بقدر" ساقط في (ع،م).

[٣] - هنا ثلاثة آراء للحنفية: أولها: لا يجوز وقف ما ينقل ويحول على الإطلاق مقصوداً أو تبعاً كراعاً أو غيره، تعاملوا فيه أولا وهو قول أبي حنيفة، ثانيها: يجوز وقف ما يكون تبعاً للأرض كما وقف ضيعة ببقرها وسائر آلات الحراسة، ووقف الكراع والسلاح في سبيل الله وهو قول أبي يوسف ومحمد، وثالثها: يجوز وقف ما فيه تعامل من المنقولات كالفاس والمر وهو قول محمد، واختار قول محمد أكثر فقهاء الأمصار وهو الصحيح، كما في

رحمهما الله[1] كتخت الجنازة وثيابها، والمر[2]، والفأس، والقدوم[3]، والمراجل، والمصاحف استحساناً، والقياس قد يترك فيما فيه التعامل كالاستصناع، وقال أبوحنيفة رحمه الله: لا يجوز، وهو القياس، وقال محمد رحمه الله: يجوز حبس الكراع[4] والسلاح أي وقفه في سبيل الله استحساناً، وأبويوسف فيه معه، وقال أبو يوسف رحمه الله: وقف المنقول إذا كان تبعاً للأرض يجوز، وقد يثبت[5] من الحكم تبعاً ما لا يثبت مقصوداً، كالشرب في البيع، والبناء في الوقف، ومحمد فيه معه، لأنه لما جاز إفراد[6] وقف بعض المنقول عنده فلأن يجوز فيه تبعاً بالأولى، قيل: المنقول إذا صار تبعاً للأرض صار الوقف لازماً كوقف الأرض، وإلا غير لازم، ولو وقف بقرة على الرباط ليكون لبنها وسمنها لأبناء

الإسعاف، وهو قول أكثر المشايخ، كما في الظهيرية، وما تعامل فيه لا يصح وقفه كالثياب، وعليه الفتوى (ر: الدر المختار مع الرد ٣٦٣/٤، والهداية مع العناية ٢٠١/٦، ٢٠٢).

[1] – عنده جائز مطلقا لا يتقيد بتعامل الناس، بل يشترط أن يمكن الانتفاع به مع بقاء أصله على الدوام (ر: المهذب مع المجموع ٢٤١/١٦، ط: مكتبة الإرشاد).

[2] – المر بفتح الميم وتشديد الراء: هو الآلة التي يعمل بها في الطين (العيني ٩٩٥/٢).

[3] – القدوم: آلة للنجز، ج: قدائم وقدم (القاموس المحيط ص: ١٤١٨).

[4] – الكراع: الخيل، كذا في ديوان الأدب (العيني ٩٩٤/٢) والجمع أكرع وأكارع (الصحاح ١٢٨٥/٣).

[5] – في (ن،ع): "وقد ثبت".

[6] – في (ن،ع): "إفراد" ساقط.

السبيل يجوز.

٤٧٧- ويبدأ من غلة الوقف بعمارته، شرط ذلك الواقف أو لم يشترط، لأن المقصود دوام الوقف وتأبيده، ولا يكون هذا إلا بعمارته، فيثبت شرط العمارة له اقتضاء.

٤٧٨- ولو تخرب شيء من الوقف يبني على ذلك الوصف، والزيادة على ذلك[١] ليست مستحبة. ثم يصرف بعمارة المسجد، وحصيره، ودهنه، وما يحتاج إليه.

٤٧٩- رجل بنى مسجداً ثم خرب حوله واستغنى عنه يبقى مسجداً عند أبي يوسف رحمه الله، لأنه إسقاط منه، فلا يعود إلى ملكه، وعند محمد رحمه الله يعود إلى ملك الباني[٢] أو إلى ورثته كالبواري في المسجد إذا استغنى عنه، فهو لمن طرحه، أو يباع ويصرف ثمنه إلى بواري أخرى إن كان له قيمة وإلا لمن أخذه.

٤٨٠- وبيع أشجار الوقف لا يجوز إلا إذا انقطع.

٤٨١- مسجد فيه شجرة تفاح، فالمختار أن لا يباح[٣] التفاح لأهل المسجد، وإنما يصرف لمصالح المسجد.

٤٨٢- فرش الآجر في أرض المسجد يجوز، لأنه من بناء المسجد، وأما بناء المنارة من وقفه، إن شرط الواقف يجوز، وإن لم يعرف شرطه، إن كان في الوقف سعة وفي بنائها مصلحة للقوم بأن

---

[١] - في (ن،ع): "على ذلك" ساقط.

[٢] - في (ن،ع): "الثاني" مكان "البانى".

[٣] - في (م): "لا يباع" مكان "لا يباح".

يسمع الأذان به كل القوم يجوز، وإلا فلا، بخلاف مالو بنى بيتاً في فضاء المسجد حيث لا يجوز، لأنه جعله مسكناً.

٤٨٣- وقف قديم لا يدرى شرائط الواقف ومصارفه، يفعل ما فعلوا من قبل في دواوين القضاة، وإلا يصرف إلى الفقراء.

٤٨٤- من طلب التولية في الأوقاف لا يولى إليه، كالقاضي إذا طلب القضاء، والخير في غيره.

٤٨٥- قيم الوقف إذا أنفق من ماله في الوقف يرجع إلى الغلة، ولكن إذا ادعاه لم يقبل قوله إلا ببينة.

٤٨٦- ولا يحل له أن يصرف الغلة لحوائج نفسه على أن يرد[١] مثله أو قيمته، وكذا الحكم في مال اليتيم، ويتنزه عنه غاية التنزه.

٤٨٧- ولخادم المسجد من الوقف ما شرط له الواقف، وليس للحاكم أن يجعل خادماً له إن لم يشترط الواقف.

٤٨٨- من بنى مسجداً فهوأولى بعمارته، ونصب الإمام والمؤذن.

٤٨٩- ولو شرط الواقف أن يستبدل به أرضاً أخرى، إن شاء ذلك عند الحاجة يجوز عند أبي يوسف رحمه الله، وعند محمد رحمه الله الوقف جائز والشرط باطل، ولو شرط الخيار لنفسه في الوقف جاز الوقف والشرط عند أبي يوسف رحمه الله[٢]، وعند محمد رحمه الله

---

[١] - في (م): "أن يرده".

[٢] - بشرط أن يبين للخيار وقتاً معلوماً، حتى لو كانت مجهولة بأن وقف على أنه بالخيار لا يجوز بالاتفاق (فتح القدير مع الهداية ٢١٣/٦، دار الكتب العلمية) وقول أبي يوسف هو ظاهر المذهب كما أشار إليه المؤلف في الهداية(٢/ ٦٤٣).

الوقف باطل، وهذا بناء على أن من جعل غلة الوقف {لنفسه أو جعل الولاية إليه يجوز عند أبي يوسف رحمه الله، لأن الوقف}[1] إزالة الملك إلى الله تعالى على وجه القربة، فإذا شرط لنفسه، فقد جعل ما صار مملوكاً لله تعالى لنفسه ولهذا يجوز كالخان[2] والسقاية[3]، وقال محمد رحمه الله: لا يجوز، لأن الوقف تبرع على وجه التمليك، وبعد هذا لا يتحقق التمليك من نفسه كالصدقة[4].

٤٩٠- وإذا استولى الظالم على الوقف يجوز للواقف أن يأخذ منه قيمته ويشتري به موضعاً آخر مقامه، وكذا إذا خاف القيم من السلطان أن يغلب، قيل: يجوز أن يبيعه ويتصدق بثمنه، وكذا كل قيم إذا خاف شيئاً من ذلك، فله أن يبيعه ويتصدق بالثمن، والفتوى أنه لا يبيعه [إلا][5] إذا استجمع شرائطه.

٤٩١- وإذا نابت نائبة للمسلمين[6] يجوز أن يستقرض من أموال

---

[1] - ما بين القوسين ساقط في (ن،ع).

[2] - الخان: الحانوت، فارسي معرب (تاج العروس ١٩٤/٩).

[3] - السقاية، بكسر السين، من سقي، موضع السقي (معجم لغة الفقهاء ص: ٢٤٦).

[4] - بأن تصدق على فقير بمال وسلم إليه على أن يكون بعضه لي لم يجز لعدم الفائدة، إذ لم يكن مملكاً على هذا التقدير إلا ما وراء ذلك القدر (فتح القدير ٢٠٩/٦ كتاب الوقف، دار الكتب العلمية).

[5] - ما بين القوسين كتبناه من فتاوى النوازل.

[6] - وفي النسخ الثلاث: "وإذا ناب نيابة المسلمين" والصحيح ما كتبناه في المتن من فتاوى النوازل ص: ٣٣٩.

المساجد قدر الحاجة.

٤٩٢- لا يحل لأحد أن يهدم المسجد ليبنيه أحكم منه، إلا إن كان في الهدم مصلحة.

٤٩٣- قرية تفرقت أهلها وخربت وفيها مسجد يريد أن يخرب، يجوز بيع خشبه[١] بأمر القاضي[٢] ويصرف ثمنه[٣] إلى مسجد آخر، وكذلك الرباط، وكذا فيها بئر بنيت بالآجر وأرادوا أن ينقلوا آجرها إلى بئر أخرى، وينبغي أن يتصدق على الفقير، ثم الفقير يصرف إلى بئر أخرى أو القاضي، وكذا في وقف القنطرة إن يبس هذا الوادي، وصار الماء إلى شعبة أخرى، واحتيج في ذلك الموضع إلى قنطرة جديدة، ينظر إن كانت الجديدة للعامة وليس بقربه قنطرة أخرى، جاز صرف وقفه إلى الجديد، وإلا فلا.

٤٩٤- رجل وقف ضيعة على الفقراء فمات، وله ابنة صغيرة ضعيفة، إن كان وقف حالة الصحة، يجوز للقيم أن يصرف من الغلة مقدار حاجتها، لأن هذا بمنزلة الهبة، والهبة للأقارب في حالة الصحة يجوز.

٤٩٥- رباط يريد أن يخرب، يجوز للقاضي أن يواجره فيعمر بإجارتها[٤] حتى يتعمر، مسجد قديم خرب[٥] فليس لأهل المسجد أن يبيعوا

---

[١] - في (م): "خشبها".

[٢] - وهو الصحيح (البحر الرائق ٥/٢٥٢).

[٣] - في (م): "ثمنها".

[٤] - في (ن،ع) "بأجرتها".

[٥] - في (ن،ع): "خرب" ساقط.

النقض ويبنوا بثمنه مسجداً آخر في موضع آخر[1].

٤٩٦- طعام لعمال[2] الوقف يجوز أن يأكل منه المرشد الذي قام به على العمل.

٤٩٧- ما وضع في المسجد، أو في الطريق للشرب لا يجوز التوضؤ به، إلا إذا كان كثيراً، وكذا لا يجوز رفع الجمد من السقاية.

٤٩٨- متعلم غاب عن البلد أقل من ثلاثة أيام، فله وظيفته استحساناً، ولو غاب أكثر منه لا يطالب ما مضى[3]، وإن غاب أكثر من شهرين يؤخذ منه، وإن كان في المصر ولكن لا يشتغل بالفقه، لا يسعه أن يأخذ وظيفته، وإن اشتغل بكتابة لنفسه فله وظيفته.

٤٩٩- وتقبل الشهادة في الوقف من غير دعوى، كذا نقل عن الفقهاء[4]

---

[1] - وقال ابن عابدين: والذي ينبغي متابعة المشايخ المذكورين في جواز النقل بلا فرق بين مسجد أو حوض، كما أفتى به الإمام أبو شجاع والإمام الحلواني وكفى بهما قدوة، ولا سيما في زماننا فإن المسجد أو غيره من رباط أو حوض إذا لم ينقل يأخذ أنقاضه اللصوص والمتغلبون كما هو مشاهد وكذلك أوقافه يأكلها النظار أو غيرهم، ويلزم من عدم النقل خراب المسجد الآخر المحتاج إلى النقل إليه (رد المحتار ٦/٥٥٠ مطلب في نقل أنقاض المسجد).

[2] - في (ن،ع): "بمال".

[3] - وصرح العلامة ابن عابدين الشامي: بأنه لا تؤخذ حجرته ووظيفته على حالها إذا كانت غيبته ثلاثة أشهر (رد المحتار: مطلب لا يصح عزل صاحب وظيفة بلا حجة أو عدم أهلية ٤/٣٨٢).

[4] - وفي النسخ الثلاث: "الفقيهين" ولعل الصواب ما كتبناه.

في عتق الجارية[1]، والمطلقة الثلاث، وتجوز الشهادة فيه بالشهرة[2] والتسامع.

٥٠٠- ولا يحكم بالوقف إذا كان الصك مكتوباً على بابه مالم يشهد شاهدين.

٥٠١- وإذا كان في يد رجل أوقاف مختلفة، فخلط إنزال الوقف بعضها ببعض، صار ضامناً، وإذا كان الأوقاف المختلفة لمسجد واحد، لا بأس بخلطه وإن كان الواقف[3] مختلفاً، لأن المعنى يجمعها.

٥٠٢- ومن باع أرضاً ثم أقام بينة أنها كانت وقفاً يقبل بينته.

٥٠٣- ولا يجوز رهن الوقف، لأن فيه تعطيل منافع الوقف.

٥٠٤- صاحب الأوقاف إذا أراد أن يسمع الدعوى في الوقف، ويقضى بالبينة أو النكول إن ولاه السلطان ذلك يجوز قضاؤه[4]، وإلا فلا.

٥٠٥- اتخاذ الرباط أفضل من العتق والتصدق[5].

---

[1] - وهو المختار (البزازية بهامش الهندية ٢٨٢/٦).

[2] - في (ن،ع): "الشهادة بالشهاده".

[3] - في (م): "الوقف" مكان "الواقف".

[4] - وهو قول بعضهم (البحر الرائق ١٩١/٥).

[5] - قال الفقيه أبو الليث: إن جعل للرباط مستغلا يصرف إلى عمارة الرباط، فالرباط أفضل، وإن لم يجعل إلا رباطا فالإعتاق أفضل، ولو تصدق بهذا المال على المحتاجين فذلك أفضل من الإعتاق (البحر الرائق ١٩١/٥).

كتاب الهبة

٥٠٦- الهبة هي التبرع لغة، وفي الشرع: عبارة عن تمليك شيء لغيره بطريق التودد والتحبب من أهل التبرع، وهو كونه عاقلاً بالغاً حراً[١].

٥٠٧- وهو عقد مشروع، وعليه انعقد إجماع الأمة، وركنه الأصلي فيها الإيجاب، وهو قوله: "وهبت" لأنه عقد تبرع غير لازم، ولا معاوضة فيه، فيتم بالتبرع بخلاف البيع، فإنه عقد معاوضة، فاقتضى الفعل من الجانبين، وبناؤه على التراضي، فلا يثبت الملك للمشتري إلا بالقبول، ولهذا لو حلف أن لا يبيع[٢] عبده لفلان فباعه وهو لم يقبل لا يحنث، ولو حلف أن لا يهبه[٣] لفلان فوهبه ولم يقبل يحنث، أما القبول في الهبة دليل على رضاه، إلا أن العقد غير لازم، و لهذا لو رده يرتد برده دفعاً لإلحاق منة بالغير، ولايثبت الملك له بالقبول، وإنما يثبت بالقبض، والقبض في الهبة بمنزلة القبول في البيع، ولهذا لو قبض الموهوب له الهبة في المجلس بغير أمر الواهب قبل القبول جاز استحساناً، لأن الإيجاب منه تسليط على القبض، والقبض ملحق بالقبول،

---

[١] – في (م): "حرا" ساقط.

[٢] – في (ن،ع): "أن يبيع".

[٣] – في (ن،ع): "أن يهبه".

والقبول يعتبر في المجلس دونه، وكذا الملحق به، إلا إذا نهاه عن القبض في المجلس، لأن الدلالة لا تعمل[1] في مقابلة الصريح، بخلاف الوصية حيث يملكها بدون القبض، لما أن المتبرع لم يبق أهلا للتسليم، وحق الورثة متأخر عن الوصية.

٥٠٨- ولو وهب الدين لغريمه أو وهب لابنه الصغير لا يحتاج إلى القبول والقبض، اعتباراً بالبيع والصدقة على هذا الخلاف[2].

٥٠٩- وإذا تلفظ بلفظ {ينبئ عن تمليك الرقبة يكون هبة مثل قوله أطعمتك هذا الطعام، وإن كان ينبئ عن تمليك}[3] المنافع[4] يكون عارية إذا احتمل، كقوله: حملتك على هذه الدابة، فالمعتبر هو بقوله: أطعمتك هذه الأرض، النية[5]، والإعطاء، والعطية، والنحلة يستعمل استعمال الصريح فيه، وإطعام الطعام تمليك العين، وإطعام الأرض إباحة الانتفاع، لأن الأرض لا تطعم عينها.

٥١٠- ولا تجوز الهبة فيما يقسم إلا محوزاً أي مفرغة[6] عن

---

[1] - في (ن،ع): "تعمل" بدون لام النفي، وهو خطأ.

[2] - وفي الهداية: قال مالك: يثبت الملك فيه قبل القبض اعتباراً بالبيع وعلى هذا الخلاف الصدقة (الهداية ٢٢٤/٣ كتاب الهبة فصل في الاختلاف).

[3] - ما بين القوسين ساقط في (ن،ع).

[4] - في (ن،ع): "المانع".

[5] - حاصله: أن اللفظ إن أنبأ عن تملك الرقبة فهبة، أو المنافع فعارية، أو احتمل فاعتبر النية (الدر المختار بهامش الرد ٦٨٩/٥).

[6] - والمسألة مذكورة في الهداية بوضوح: ولا تجوز الهبة فيما يقسم إلا محوزة

أملاك الواهب ومقسومة.

وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة عندنا، أي فيما لا يحتمل القسمة[١]، {كالحمام الصغير والبئر، لأنه لو قسمه لم يبق منتفعاً انتفاعا كاملا بخلاف ما يحتمل القسمة}[٢] فإنه منتفع[٣] في الحالين، كالأرض والدار، ولأن القبض لا يتحقق في المشاع إلا بضم غير الموهوب، وفي تجويزه إلزام مؤنة القسمة على الواهب وهو لم يلتزم.

٥١١- ولو وهب من شريكه لا يجوز أيضاً[٤]، لأن الحكم يدار على نفس الشيوع، بخلاف مالو آجر نصيبه لشريكه حيث يجوز، لأن القبض في الهبة[٥] منصوص عليه[٦] دونه، وقال الشافعي رحمه الله: تجوز

مقسومة، أي أن هبة المشاع فيما يقسم تقع جائزة في نفسها، إلا أنها تتوقف على الإفراز والتسليم (ر: الهداية والعناية مع الفتح ٩/٢٧، ٢٨).

[١] - الحد الفاصل بين ما يحتمل القسمة وما لا يحتملها أن كل ما كان مشتركا بين اثنين فطلب أحدهما القسمة وأبى الآخر، فإن كان للقاضي أن يجبر الآبي على القسمة فهو مما يحتملها، كالدار والبيت الكبير، وإن كان مما لا يجبره فهو مما لا يحتملها، كالعبد والحمام (البحر الرائق ٧/٢٨٦).

[٢] - ما بين القوسين ساقط في (ن،ع).

[٣] - في(ن،ع): "منقطع" مكان "منتفع".

[٤] - وفي الهندية: أحد الشريكين إذا قال لشريكه: وهبت لك حصتي من الربح قالوا: إن كان المال قائماً لا تصح لكونها هبة المشاع فيما يقسم، وإن كان الشريك استهلك المال صحت الهبة لكونها إسقاطاً (٤/٣٨١، دار الفكر).

[٥] - في (ن،ع): "القبض" مكان "الهبة".

[٦] - إشارة إلى ما روي عن النبي عليه السلام: "لا تجوز الهبة إلا مقبوضة"،

الهبة في الوجهين[1]، لأنه عقد تمليك، فيصح في المشاع كالبيع، وكونه تبرعاً لا يبطله الشيوع كالوصية.

٥١٢- ومن وهب شقصاً مشاعاً، فالهبة فاسدة لما ذكرنا، فإن قسمه وسلمه جاز لانعدام المانع، والهبة الفاسدة مضمونة بالقبض.

٥١٣- ولو وهب دقيقاً في حنطة أو دهناً في سمسم[2]، فالهبة فاسدة، أراد به البطلان، فإن طحن وسلم لم يجز[3]، لأن الموهوب معدوم، وإضافة التمليك إلى المعدوم لا يصح، ولهذا قالوا: لو غصب حنطة فطحنها، ينقطع حق المالك، ولابد من تجديد العقد وقت التسليم، بخلاف المسألة[4] الأولى.

٥١٤- وهبة اللبن في الضرع، والصوف على ظهر الغنم،

وقال الزيلعي في نصب الراية: غريب، وذكره عبد الرزاق في مصنفه في آخر الوصايا من قول النخعي: "لا تجوز الهبة حتى تقبض والصدقة تجوز قبل أن تقبض" فهو مقطوع لأنه قول التابعي (نصب الراية ١٢١/٤، دار الكتب العلمية).

[1] - نقل المؤلف اختلافه في الهداية في هبة المشاع فيما يقسم وما لا يقسم (الهداية مع الفتح ٢٧/٩، دار الكتب العلمية)، ويؤيده ما في المجموع: "قلت: هذا الخبر صريح في صحة هبة المشاع، وبه قال مالك والشافعي وأحمد، سواء ذلك ما أمكن قسمته أو لم يمكن" (٣٤٥/١٦، ط الإرشاد).

[2] - السمسم، بالكسر: حب الحل (الصحاح ١٩٥٤/٥).

[3] - وهو الأصح (جامع الرموز ٣٥١/٣).

[4] - في (ن): "المسلمة" أي حيث كان المشاع محلا للتمليك بخلاف المعدوم(ر: العناية مع الفتح ٣١/٩).

والزرع في الأرض، والتمر في النخل بمنزلة هبة المشاع، بخلاف إعتاق الحمل، فإنه صحيح {ولا يصح بيعه، لأنه غير مقدور التسليم[١]}، ولا يصح هبته، لأن القبض شرط فيها، وإذا كانت العين في يد الموهوب له ملكها بالهبة وإن لم يجدد فيها قبضاً، لأن العين في يده أمانة فينوب عن قبض الهبة، بخلاف ما إذا باعه منه، فلا ينوب عنه قبض أمانة{لأن القبض في البيع مضمون بغيره وهو الثمن فلا ينوب عنه قبض أمانة}[٢]، وأما إذا اشترى المرتهن ينوب عن قبض الشراء، لأن العين كانت مضمونة في يده، فينوب عن القبض المضمون، أما إذا وهب للمرتهن فلابد من قبض جديد، لأن الرهن مضمون بغيره، فلا ينوب عن قبض أمانة، فالحاصل أن القبضين[٣] إذا تجانسا ناب أحدهما مناب الآخر، وإن اختلفا ناب المضمون عن غير المضمون، وعلى عكسه لا ينوب[٤]، كيد الغاصب إذا باعه منه، أو يد المودع إذا وهبه.

---

[١] – ما بين القوسين ساقط في (م).

[٢] – ما بين القوسين ساقط في (ن،ع).

[٣] – في (م): "أن القبض".

[٤] – يوضحه ما في العناية:" والأصل في ذلك أن تجانس القبضين يجوز نيابة أحدهما عن الآخر، وتغايرهما يجوز نيابة الأعلى عن الأدنى دون العكس، فإذا كان الشيء وديعة في يد شخص أو عارية، فوهبه إياه لا يحتاج إلى تجديد قبض، لأن كلا القبضين ليس قبض ضمان، فكانا متجانسين، ولو كان بيده مغصوبا أو ببيع فاسد، فوهبه إياه لم يحتج إلى تجديده، لأن الأول أقوى فينوب عن الضعيف، ولو كانت وديعة فباعه منه، فإنه يحتاج إليه، لأن قبض الأمانة ضعيف، فلا ينوب عن قبض الضمان" (العناية٩/٣٢، ٣٣).

٥١٥- ولو وهب داراً[١] لرجلين، لأحدهما ثلثها، وللآخر ثلثيها[٢] لم يجز عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، خلافاً لمحمد رحمه الله.

٥١٦- وكذا إذا كان في يد الموهوب عارية أو وديعة أو غصباً أو مقبوضاً بالعقد الفاسد، ملكه بالهبة، وإن لم يجدد فيها قبضاً[٣].

٥١٧- ولو وهب لكل واحد منهما نصفاً نصفاً، فكذا لم يجز عند أبي حنيفة رحمه الله، كما لو وهبها لهما ولم يفصل، لأن تمليك الكل منهما تمليك البعض الشائع منهما، فيمتنع الجواز، ومحمد رحمه الله مر على أصله، يجوز في الصور[٤] كلها عنده، لأنه تمليك الجملة منهما، فلا يتحقق الشيوع، وأبويوسف رحمه الله فرق بين ما أطلق وبين ما فصل فيه، والفرق أن في الإطلاق لا شيوع فيه فيجوز، وفي التنصيص على الأبعاض يريد ثبوت الملك لهما في البعض، فيصير شائعا فلا يجوز[٥].

---

[١] - في (ن،ع): "دار" بالرفع.

[٢] - في (م): "ثلثها".

[٣] - "قبضا" ساقط في (م).

[٤] - في ن: "الوصول" وفي (ع،م): "الفصول" والصواب ما كتبناه.

[٥] - والتفصيل في الهبة، إما أن يكون ابتداء من غير سابقة الإجمال، أو يكون بعد الإجمال، فإن كان الأول، لم يجز بلا خلاف، سواء كان التفصيل بالتفضيل، كالثلث والثلثين، أو بالتساوي كالتنصيف، وإن كان الثاني، لم يجز عند أبي حنيفة مطلقاً أى سواء كان متفاضلا أو متساويا، وجاز عند محمد مطلقا، وفرق أبو يوسف بين المفاضلة والمساواة، ففي المفاضلة لم يجوز وفي المساواة جوز في رواية، (تكملة فتح القدير ٣٧/١٠، انظر العناية معها ٣٧/١٠) ولم أر أحداً من المشايخ رجح قولا من أقوالهم، وإني أرى قول

٥١٨- ومن وهب لأجنبي هبة، فله الرجوع فيها عندنا، إلا أن يعوضه عنها[١]، أو تزيد زيادة متصلة، أو يموت أحد المتعاقدين أو تخرج الهبة من ملك الموهوب له.

٥١٩- وإذا وهب لذي رحم محرم منه فلا رجوع فيها عندنا، لأن كل عقد[٢] أفاد مقصوده وقع لازماً، والمقصود من الهبة لذي رحم محرم صلة الرحم، وقد حصل فلا رجوع فيه، وأما المقصود منها لأجنبي العوض، وما حصل مقصوده فله الرجوع فيها، ولكن لا يخلو عن نوع كراهة، وخلاف الشافعي فيهما[٣] على خلاف ماقلنا.

٥٢٠- وهبة أحد الزوجين للآخر حال بقاء الزوجية بمنزلة الهبة للقرابة، حتى لو وهب لها ثم تزوجها، فله الرجوع فيه، ولو أبانها بعد ما وهبها، فلا رجوع فيها.

٥٢١- وموانع الرجوع: الموت[٤]، وهلاك العين، وخروجه من ملكه، والزيادة المتصلة، والعوض، والقرابة، والزوجية[٥]، فلا يصح

أبي يوسف أن يفتى به و يرجح، لأن قوله يرجح في الوقف والقضاء كما مر، ولأن فساد الهبة علته المشاع، فهبة المشاع فيما تحتمل القسمة تفسد ابتداء، وتصح انتهاء بعد زوال المانع، وهو الإفراز والتسليم، ويؤيده قولهم: "يغتفر في الدوام مالا يغتفر في الابتداء" (الأشباه والنظائر ص: ٩٣).

[١] - في (م): "منها"

[٢] - في (م): "عقد" ساقط.

[٣] - ر: المجموع شرح المهذب ٣٥٥/١٦.

[٤] - إن الخروج عن الملك مغن عن ذكر الموت (ر: جامع الرموز ٣٥٢/٣).

[٥] - كذلك من الموانع هلاك العين الموهوبة (ر: البحر الرائق ٢٩٣/٧).

الرجوع إلا بالتراضي، أو بحكم الحاكم، لأنه مختلف بين العلماء[1]، فلابد من القضاء أو[2] الرضاء، حتى لو كانت الهبة عبداً فأعتقه قبل القضاء ينفذ، ولو منعه منه فهلك في يده لم يضمن لقيام ملكه فيه، إلا أن يقضي القاضي بالرد عليه، ثم بعد القضاء أو الرضاء يكون فسخاً من الأصل، حتى لا يشترط قبض الواهب[3]، ويصح في الشائع.

٥٢٢- ولو قال الواهب: خذها عوضاً عن هبتك، أو في مقابلتها، أو جزائها، أو مكافاتها، أو بدلا عنها، أو ثوابها، فهذا كله عوض، وأما إذا وهب الموهوب له للواهب ابتداء لا يكون عوضاً، ولكل واحد منهما حق الرجوع.

٥٢٣- وإذا وهب شيئاً بشرط العوض اعتبر التقابض في العوضين وتبطل بالشيوع، لأنه هبة ابتداء بأن قال: وهبت هذا العين على أن تعوضني هذا العين يكون بيعاً، فإذا تقابضا صح العقد، وصار في حكم البيع، يرد بالعيب، وخيار الرؤية، وتستحق فيها الشفعة، وقد انقلبت الهبة لازمة بالتعويض، فيصير بيعاً، فيجمع بينهما، وقال الشافعي: هو بيع ابتداء وانتهاء[4]، لوجود معنى البيع، وهو المعتبر دون الصورة، وهو التمليك بعوض، ولهذا كان بيع العبد من نفسه إعتاقا.

---

[1] - وهو اختلاف الشافعي بأن له الرجوع عندنا لا عنده(ر: العناية مع الفتح ٤٥/٩، المجموع ٣٥٤/١٦ وما بعدها).

[2] - في (ن،ع): "و" مكان "أو"

[3] - في (ن): "الواجب" مكان "الواهب" انظر: الهداية مع الفتح (٤٦/٩).

[4] - ر: حواشي الشرواني وابن قاسم ٣١٥/٦.

فصل

٥٢٤- ومن وهب جارية إلا حملها، صحت الهبة وبطل الاستثناء، لأن الاستثناء لا يعمل إلا في محل يعمل فيه العقد، ولهذا لا يجوز[١] بيع الحمل، وكذا لا يجوز استثناؤه من العقد، وهذا هو الأصل فيه، ولأن الحمل جزء الأصل لاتصاله[٢] به خلقة، ولهذا أن العقد لا يتناوله، وهبة الحمل لا يصح، فكذا لا يصح استثناؤه، إلا أن الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة، كالنكاح، والخلع، والصلح[٣] عن دم العمد، والصدقة[٤]، وإنما الاستثناء يبطل فيها، بخلاف البيع والإجارة والرهن والكتابة، وإنها تبطل بالشروط الفاسدة.

٥٢٥- أما الوصية بالحمل يصح، فكذا استثناؤه يصح منها، لأن ما في البطن يجري فيه الميراث، والوصية أخت الميراث، وكذا يصح إقراره بحمل جارية على طريق الوصية من جهة غيره.

٥٢٦- وإن أعتق ما في بطنها ثم وهبها{ يصح، لأن الحمل لم يبق في ملكه، ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها}[٥] لم يصح، لأن الحمل باق على ملكه، فيمنع الهبة، لأنه يصير هبة المشاع.

---

[١] - حرف: "لا" ساقط من (ن).

[٢] - في (م): "الانفصال" وهو خطأ.

[٣] - في(ن،ع): "الصلح" ساقط.

[٤] - في (ن،ع): "الصيد".

[٥] - ما بين القوسين ساقط في (ن،ع).

على ملكه، فيمنع الهبة، لأنه يصير هبة المشاع.

٥٢٧- ولو وهبها على أن يعتقها، أو يستولدها أو يردها عليه، فالهبة جائزة والشرط باطل[١]، لأن هذه الشروط تخالف مقتضى العقد، والشروط الفاسدة في معنى الربا في المعاوضات دون التبرعات.

[١] - "باطل" ساقط في (م).

فصل

٥٢٨- والهبة بالتقييد باطلة مثل أن تقول المريضة لزوجها: إن مت في مرضي هذا فمهري عليك صدقة، فهو باطل، روى هشام[١] عن محمد رحمه الله أنه قال: لو قالت المرأة لزوجها وهو مريض: إن مت من مرضك هذا، فمهري عليك صدقة أو أنت في حل منه، فهو باطل، وإن مات في مرضه ذلك يبقى المهر على ذمة الزوج، وكذا الغريم قال للذي عليه دين: إن مت في مرضي هذا فالدين عليك صدقة، فهو باطل، وإن قال: أنت في حل منه فهو جائز[٢].

---

[١] - هو هشام بن عبيد الله الرازي السني الفقيه، المتوفى سنة ٢٠١هـ/ ٨١٦م، حدث عن مالك بن أنس، وحماد بن زيد، وابن أبي ذئب، وطبقتهم، وعنه بقية بن وليد، وأبو حاتم الرازي، وطائفة سواهما، وتفقه على الإمامين أبي يوسف ومحمد، قال أبو حاتم الرازي:صدوق، وثقه ابن حبان ولينه هو والصيمرى، والرازي: نسبة إلى الري، وهي بلدة كبيرة من بلاد الديلم، والسني: نسبة إلى السنة ضد البدعة، ومن آثاره النوادر في فروع الفقه، وصلاة الأثر: (ر: الجرح والتعديل ٦٧/٩، والأنساب للسمعاني ٣٣/٦، وسير أعلام النبلاء ٤٤٦/١، ٤٤٧، وتهذيب التهذيب ٤٧/١١، ٤٨، والجواهر المضية ٢٤٠/٣، ٢٤٢، والفوائد البهية: ٢٢٣، ومعجم المؤلفين ١٤٩/١٣).

[٢] - لأنه يكون وصية من الطالب للمطلوب (ر: البزازية بهامش الهندية٢٤١/٦) بخلاف المسألة الأولى، لأن فيها مخاطرة وتعليق، لاحتمال موت الدائن قبل موت المديون (ر: رد المحتار ٧٠٧/٥).

٥٢٩- ولو قال له: إذا جاء غد فأنت بريء من الدين الذي عليك، أو قال: إذا أديت إلي غداً نصفه، فلك نصفه، أو أنت بريء من النصف الآخر فهو باطل أيضاً، لأن إبراء الدين فيه تمليك منه من وجه وإسقاط من وجه، فالدين مال من وجه ووصف من وجه، فمن حيث أنه تمليك لا يصح، ومن حيث أنه إسقاط يصح، لأن التعليق بالشرط يصح في الإسقاط كالطلاق، ولا يصح التمليك بالشرط، ولهذا يرتد[1] بالرد.

٥٣٠- ولو قال: أدّ إليّ نصفه على أنك بريء من الباقي، يصح الإبراء ولا يعود الدين، لأنه إبراء مطلق، لأنه لم يؤقت للأداء وقتاً، بخلاف المسألة الأولى، ولو قال: إن أديت إليّ، لا يصح الإبراء، لأنه علقه بالشرط، وتعليق البراءة بالشرط باطل، ولو قالت لزوجها: وهبت لك مهري على أن تحسن إلي فلم يحسن إليها، فالمختار أن الهبة باطلة.

٥٣١- ولو قال لامرأته: أبرأني عن مهرك حتى أهب لك كذا وكذا فأبرأته، ثم أبى الزوج عن الهبة يعود المهر، ولو وهب مهرها لابنه الصغير فالمختار أنه لا يجوز، لأنه هبة من غير قبض، وتمليك الدين من غير من عليه الدين، بخلاف هبتها لزوجها، لأنه تمليك منها ما هو في ذمته، أو تمليك الدين ممن عليه الدين، فيكون إسقاط حقها، فيصح، وإذا[2] أرادت المرأة أن تهب مهرها لزوجها إن ماتت، وإن لم تمت يبقى في ذمة زوجها، ينبغي أن تشتري من زوجها ثوباً في منديل ويقابل ثمنه بمهرها، وإن ماتت يبطل خيار الرؤية، وإن عاشت ترد

---

[1] - في (م): "يرد".

[2] - في (ن،ع): "وإذا" ساقط.

الثوب بخيار الرؤية.

٥٣٢- ولو وهبت المرأة مهرها لزوجها بعد ما مات[١] عنها يجوز، لأنه إبراء، وقبول المديون ليس بشرط.

٥٣٣- ولو وهب عيناً على أنه بالخيار صحت الهبة وبطل الخيار، وكذا لو أبرأ عن حقه على أنه بالخيار صح الإبراء وبطل الخيار، لأن الخيار ورد في البيع بخلاف القياس فاقتصر على مورده.

٥٣٤- رجل قال: وهبت هذا الشيء فليأخذ من شاء، فأخذه واحد فهو له، إن أراد به الإباحة دون التمليك، وإن قال لآخر: هبني هذا الشيء على وجه المزاح فوهبه وسلمه إليه جاز.

٥٣٥- والهدية في العرس أو في الختان، فما يصلح منها للصبي فهو له، مثل ثياب الصبيان ونحوها، وما يصلح لأبويه فما كان من جهة أقارب الأب فهو له، وما كان من جهة أقارب الأم فهو لها.

٥٣٦- الهدية إلى المعلم والمؤدب في الأعياد، والنيروز[٢]، والمهرجان[٣] إذا لم يسأله المعلم ولم يلح في ذلك فلا بأس به.

---

[١] - في النسخ الثلاث: "ماتت" والصحيح ما كتبناه.

[٢] - النيروز: بفتح النون وسكون الياء وضم الراء: لفظ معرب نوروز اليوم الحادي والعشرون من شهر مارس من السنة الميلادية، وهو عيد الفرح عند الفرس، وعيد رأس السنة عندهم (ر:معجم لغة الفقهاء ص: ٤٩٠)، والقاموس المحيط ص: ٦٧٧).

[٣] - المهرجان، بكسر فسكون: لفظ معرب، عيد الخريف عند الفرس (المصدر السابق ص: ٤٦٧).

٥٣٧- معلم طلب ثمن الحصير والحطب فأخذ منهم ملكه.

٥٣٨- رجل غرس شجرة الكرم باسم ابنه لا يكون هبة له، ولو قال: جعلته لابني يكون هبة.

٥٣٩- وعلى الأب أن يعدل بين أولاده في الهبة وغيرها، حتى لو وهب لأحد أولاده دون الآخر يكره، لما روي عن النبي -ﷺ- أنه قال لذاك الرجل[1] الذي كان وهب لأحد ولديه دون الآخر: "لا تشهدنا على الجور"[2] ولأنه يؤدي إلى العداوة والبغضاء وقطيعة الرحم بينهم، ثم العدل عند أبي يوسف رحمه الله أن يهب لكل واحد منهما مثل ما وهب للآخر، وعند محمد رحمه الله أن يهب للابن الثلثين وللبنت الثلث اعتباراً بالميراث[3] وهو العدل في التبرع[4]، إلا أن يكون في أولاده طالب علم أو

---

[1] - هو بشير بن سعد (النسائي: كتاب النحل ١٣٥/٢).

[2] - رواه النسائي ومسلم عن عامر والشعبي قريبا منه لفظا ومعنى تماماً، فعن عامر: "فلا تشهدني على جور"، وعن الشعبي قال: حدثني النعمان بن بشير أن أمه بنت رواحة سألت أباه بعض الموهبة من ماله لابنها، فالتوى بها سنة، ثم بدا له، فقالت:لا أرضى حتى تشهد رسول الله -ﷺ- على ما وهبت لإبني، فأخذ أبي بيدي وأنا يؤمئذ غلام، فأتى رسول الله -ﷺ- فقال: يا رسول الله! إن أم هذا بنت رواحة أعجبها أن أشهدك على الذي وهبت لابنها، فقال رسول الله -ﷺ-: "يا بشير، ألك ولد سوى هذا؟" قال: نعم، قال: "وهبت له مثل هذا" قال: لا، قال: "فلا تشهدني إذا، فإني لا أشهد على جور"، (مسلم، الهبات، باب كراهية تفضيل بعض الأولاد في الهبة٣٦/٢، النسائي: كتاب النحل١٣٥/٢).

[3] - والفتوى على قول أبي يوسف (الخانية بهامش الهندية ٢٧٩/٣).

[4] - في (م): "الشرع".

صاحب علة فلا بأس بأن يفضل على غيره.

٥٤٠- رجل جعل لابنه الصغير ثوباً ثم أراد أن يعطي لابنه الآخر، ليس له ذلك إلا بطريق العارية[١]، ولو قال بالفارسية: "اين ترا است" يكون إقراراً منه، ولو قال: " اين ترا" يكون هبة منه إليه.

٥٤١- ولو قال: جميع ما أملكه لفلان فهو هبة، ولو قال: جميع ما ينسب إلي فهو لفلان، يكون إقراراً، ولو قال: "اين جوال كندوم[٢] ترا است" بتسكين اللام، فالهبة على الحنطة دون الجوالق[٣]، ولو قال:" اين جوال كندوم ترا است" بكسراللام، فالهبة على الجوالق دون الحنطة.

٥٤٢- والعمرى[٤] جائزة، وهو أن يقول الرجل: أعمرتك هذه الدار حال حياتك، فإذا مت تعود الدار إلي، فيصح العمرى ويبطل الشرط.

٥٤٣- والرقبى[٥] باطلة، وهو أن يقول: أرقبتك هذه الدار، ومعناه

---

[١] - وفي الهندية: (٣٩٢/٤، دار الفكر) ما يوضحه: رجل اتخذ لولده أو لتلميذه ثياباً ثم أراد أن يدفع إلى ولده الآخر أو تلميذه الآخر ليس له ذلك إلا إذا بين وقت الاتخاذ أنها عارية.

[٢] - في (ن،ع): "كندوم" ساقط.

[٣] - الجوالق: بكسر الجيم واللام، وبضم الجيم وفتح اللام وكسرها: وعاء، ج: جوالق كصحائف وجواليق (القاموس المحيط: ١١٢٦).

[٤] - العمرى، بضم العين: هبة شيء مدة عمر الموهوب له أو الواهب، بشرط الاسترادد بعد موت الموهوب له (التعريفات ص: ١٧٨).

[٥] - الرقبى من المراقبة: وهي أن يقول: إن مت قبلك فهي لك، وإن مت قبلي، رجعت إلي، كأن كل واحد منهما يراقب موت الآخر وينتظره (نفس المصدر ص: ١٢٦)، فهذا تعليق التمليك بالخطر فبطل (الهداية مع تكملة

إن مت قبلي تعود الدار إليّ، وإن مت قبلك فهي لك، وهي صحيحة وهبة عند أبي يوسف رحمه الله، والمراقبة هي الانتظار، وعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله هي عارية[1].

٥٤٤- ولو قال: داري لك حبس، يكون عارية، {ولو قال: داري لك هبة سكنى، فدفعها إليه فهي عارية[2]}، ولو قال: دارى لك هبة تسكنها وسلمها إليه فهي هبة.

فتح القدير ٥٦/٩، دار الكتب العلمية).

١ - وأبطل الإمام أبو يوسف الشرط قياسا على العمر(البحر الرائـق ٢٩٧/٧)، وصححه غاية البيان، ورده قاضي زاده آفندي، ورجح قول الطرفين، وذكر أصلا: والأصل أن الشرط في الهبة إذا كان يمنع ثبوت الملك للحـال يمنـع صحة الهبة، وإن كان لايمنع ذلك صحت الهبة ويبطل الشرط (ر: تكملة فتح القدير ٩٥٧/٩-٩٥٦، دار الكتب العلمية).

٢ - العبارة بين القوسين ساقطة في (م).

فصل في الصدقة

٥٤٥- الصدقة تتناول الفرض وغيره، كالزكاة، والنذور، والكفارات والتطوع، سميت بها لأنه يظهر صدق المرء بها، الصدقة كالهبة لا تصح إلا بالقبض، ولا تجوز في مشاع يحتمل القسمة عند أبي حنيفة رحمه الله، ولم يفصل في الكتاب بين أن يكون على غني أو فقير، ومنهم من فرق بينهما، وقال: إن كان على غني له الرجوع فيها[١].

٥٤٦- ولو تصدق بشيء مما يحتمل القسمة على غنيين، أو وهبه لهما،{لم يجز عند أبي حنيفة رحمه الله[٢]، ولو تصدق به على فقيرين، أو وهبه لهما}[٣] جاز بالاتفاق، لأن الهبة للفقير صدقة، لأن المقصود منه الثواب، وقد حصل بها، وهو إخراج المال إلى سبيل الله تعالى لأجله، وهو واحد لا شريك له، والفقير نائب عنه في القبض، ولأن الصدقة كالهبة، ولا فصل بين[٤] الغنيين والفقيرين، وأما الصدقة على الغني بمنزلة الهبة، إلا أنه لا رجوع فيها عنده لحصول المقصود وهو الثواب.

٥٤٧- ومصرف الزكاة: الفقير المسلم غير هاشمي، وما سواها

---

[١] - وهو القياس، وأماالاستحسان فلا رجوع فيها، كما صرح بــه المؤلــف فــي الهداية بنفسه، وهو قول عامة الفقهاء (ر: الهداية والعناية ٥٦/٩، ٥٧).

[٢] - وفي رواية عنه جاز، وهو قولهما، والصحيح مافي نفس الكتاب عنه، كمــا في الغياثية (ص: ١٣٤)، والسراجية (ص: ٩٥).

[٣] - ما بين القوسين ساقط في (م).

[٤] - في(ن،ع): "بين" ساقط.

يجوز دفعه إلى المسلم وذمي عندنا، كالنذور والكفارات، لأن البر[1] غير منهي عنه لهم[2]، و قال الشافعي رحمه الله: لا يجوز اعتباراً بالزكاة[3] كما مرّ في الزكاة.

٥٤٨- أما التطوع يجوز للفقير وغيره، والفقير إذا أخذ الصدقة ثم استغنى، أو أخذ ابن السبيل الصدقة ثم وصل إلى وطنه وفي يده صدقة يطيب له، لأنه لا خبث في نفس الصدقة لأنه ملكه، بخلاف الغصب، وإنما الخبث في نفس فعل الأخذ حالة كونه غنياً، والمعتبر فيه حالة الأخذ لا[4] حالة البقاء، كالمكاتب إذا أخذ الصدقة ثم عجز، يطيب له ولمولاه.

---

[1] – في (ن،ع): "لأن الأمر".

[2] – وهو قوله تعالى: ﴿لاينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين﴾ (الممتحنة:٨) وقوله عليه الصلوة والسلام: "تصدقوا على أهل الأديان كلها" ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه مرسلا (ماقالوا في الصدقة في غير أهل الإسلام ١٧٧/٣).

[3] – وقال الشافعي والجمهور: لا يجوز صرف غير الزكاة أيضا إلى الذميين قياسا على الزكاة وعلى الحربي (انظر: المجموع ٢٢١/٦، ورحمة الأمة ص/ ١١٣) وهو قول أبي يوسف من ثلاث روايات، وصححه العيني بقوله: والأصح أنه لايجوز دفع الصدقة إلا التطوع (١٢٦٣/١) وبقوله يفتى: حاوى القدسى كما في الدر المختار، وقال خير الدين الرملى في حاشية الحاوي القدسي: وبقوله نأخذ، وقال ابن عابدين الشامي: لكن كلام الهداية وغيرها يفيد ترجيح قولهما، وعليه المتون (ر: الدرالمختار مع الرد ٣٥٢/٢، والهداية ٢٠٥/١).

[4] – في (ن،ع): "لا" ساقط.

٥٤٩- ومن نذر أن يتصدق بماله، لزمه أن يتصدق بجنس ما تجب فيه الزكاة والعشر، ولا فرق بين أن يكون المال ذهباً أو فضة أو سائمة أو سائر أموال التجارة، وهذا استحسان.

٥٥٠- ومن نذر أن يتصدق بملكه يتصدق بالجميع، ويروى أنهما سواء، وهو قول زفر رحمه الله أي يتناول الكل فيهما، وهو قياس[١]، والأرض الخراجية لا تدخل بالاتفاق، والعشرية تدخل فيه عند أبي حنيفة[٢] وأبي يوسف رحمهما الله، وعند محمد رحمه الله لا تدخل[٣]، وقال الشعبي[٤]: لا يلزمه شيء، وقال الشافعي رحمه الله: إن علقه بشرط يكون

---

[١] - والصحيح هو الأول أي يجب التصدق بجميع ما يملكه من جنس الزكاة، وهي السوائم والنقدان وعروض التجارة، سواء بلغت نصابا أو لم تبلغ قدره، وسواء كان عليه دين مستغرق أو لم يكن عليه دين (ر: التبيين، مسائل شتى من كتاب القضاء ٢٠/٤، ٢٠٣، وصححه ابن نجيم المصري، وهو مختار صاحب الهداية: البحر ٤٧/٧).

[٢] - وفي (م): "أبي حنيفة" ساقط.

[٣] - لم أعثر على ترجيح واحد منهما، وينبغي أن تدخل الأرض العشرية، لأن مصرفها مصرف الزكاة، كما في البحر (٤٧/٧)، ولأنه إذا وافق الإمام أحدهما، لا يجوز العدول عنه إلا لضرورة (ر: رسم المفتي: ص/ ٦٠).

[٤] - هو عامر بن شراحيل بن عبد ذي كبار، الشعبي الهمداني، الحميري، أبو عمرو، الكوفي، يضرب المثل بحفظه، ولد بالكوفة سنة١٩هـ/ ٦٤٠م، ونشأ ومات بها سنة ١٠٣هـ/ ٧٢١م، روى عن علي، وزيد بن ثابت، وأبي هريرة وغيرهم من الصحابة، ومن التابعين عن شريح القاضي وآخرين، وعنه الأعمش وخلق كثير، فإنه أدرك خمسمائة من الصحابة، وثقه ابن معين

يميناً فيصح، وإلا فلا[1]، وقال مالك رحمه الله: يتصدق بثلث ماله فيهما[2].

٥٥١- ثم الفرق بين المال والملك، فاسم المال مقروناً بالتصدق يفهم منه أموال الزكاة، كما قال الله تعالى[3]: ﴿خذ من أموالهم صدقة تطهرهم﴾[4]، ولأن إيجاب العبد يعتبر بإيجاب الله تعالى، واسم الملك شامل للكل، إلا أنا لم نجد إضافة الصدقة إلى الملك، فيقال له: أمسك ما تنفقه على نفسك وعيالك إلى أن تكسب مالاً، فإذا اكتسب مالاً تصدق بمثل ما أمسك، وقيل: إن كان محترفاً يمسك قوت يومه، وإن كان صاحب المستغلات يمسك قوت شهر، وإن كان دهقاناً[5] يمسك قوت سنة، وإن كان تاجراً يمسك مقدار ما يرجع إلى بلده[6].

وأبوزرعة وغيرهما، وذكره ابن حبان في ثقات التابعين، وقال: كان فقيها شاعرا (ر: تذكرة الحفاظ ٧٩/١، ٨٨، وتهذيب التهذيب ٦٥/٥، ٦٩، وتاريخ بغداد ٢٢٧/١٢، وتهذيب ابن عساكر ١٣٧/٧، والأعلام للزركلي ٢٥١/٣).

[1] - إذا قال: إن كلمت فلاناً أو فعلت كذا فمالي صدقة، فالمذهب والذي نص عليه الشافعي وقطع به الجمهور أنه بمنزلة قوله: فللّه علي أن أتصدق بمالي وبجميع مالي، وطريق الوفاء أن يتصدق بجميع أمواله (المجموع ٤٤٧/٨).

[2] - وقال مالك: إذا حلف بصدقة ماله فحنث، أو قال: مالي في سبيل الله فحنث، أجزأه من ذلك الثلث (المدونة الكبرى ٢٥/٢).

[3] - في (ن،ع): "قال الله تعالى" ساقط.

[4] - التوبة: ١٠٣.

[5] - الدهقان: بالكسر والضم: القوي على التصرف مع جدة (القاموس المحيط ص: ١٥٤٦).

[6] - قال ابن نجيم المصري: "ولم يبين في المبسوط قدر ما يمسك، لأن ذلك

٥٥٢- رجل له دراهم وهو محتاج إليها، فالإنفاق على نفسه أفضل أم الصدقة؟ ينظر إن كان يصبر على الشدة فالصدقة أفضل، وإلا فالإنفاق على نفسه أفضل، لما روي أن رجلاً سأل عن النبي -ﷺ- فقال: عندي دينار فماذا أصنع به؟ قال: أنفق على نفسك فقال: عندي آخر، فقال: أنفق على عيالك، فقال: عندي آخر، فقال: تصدق على نفسك[1].

٥٥٣- غريم قال لمديونه: تصدق[2] بمالي الذي عليك على من شئت، يجوز، لأنه جعل المال لله تعالى وهو معلوم، بخلاف ما إذا قال: أعط مالي الذي عليك ممن شئت، حيث[3] لا يجوز، لأنه تمليك الدين من غير من عليه الدين من غير أن يؤكله بقبضه، وهو لا يجوز.

يختلف باختلاف العيال وباعتبار ما يتجدد له من التحصيل، فيمسك أهل كل صنعة قدر ما يكفيه إلى أن يتجدد له شيء" (البحر الرائق ٤٨/٧).

[1] - غريب بهذا اللفظ، روى البيهقي عن أبي هريرة قال: جاء رجل إلى رسول الله -ﷺ- فقال: يا رسول الله! عندي دينار قال: "أنفقه على نفسك" قال: عندي آخر، قال:" أنفقه على ولدك" قال: عندي آخر، قال:" أنفقه على أهلك"، وفي حديث أبي عاصم: "على زوجتك" قال: عندي آخر، قال: "أنفقه على خادمك"، قال: عندي آخر، قال: "أنت أعلم" (النفقات، باب وجوب النفقة للزوجة ٤٦٦/٧)، وروى أحمد عن سعد قال، قال رسول الله -ﷺ-: إن نفقتك من مالك لك صدقة، وإن نفقتك على عيالك لك صدقة، وإن نفقتك على أهلك لك صدقة (مسند أحمد ١٦٨/١).

[2] - في (م): "تصدق" ساقط.

[3] - في (م): "حيث" ساقط.

٥٥٤- ولو قال: وهبت لك ما عليك، أو تصدقت به عليك يجوز، لأن هبة الدين ممن عليه الدين يصح من غير قبول منه[١]، ولكن يرتد بالرد، {كالإبراء عنه، وهو يرتد بالرد}[٢] لما فيه من لحوق منة الغير، بخلاف الإبراء عن الكفيل حيث لا يرتد بالرد، لأنه إسقاط لا تمليك، ولو كانت الكفالة تحتمل الجهالة، [لأن الجهالة][٣] في الإسقاطات لا تمنع صحته، كما لو أبرأ البائع المشتري عن العيوب يصح.

٥٥٥- رجل له على آخر دين، فأخبر أن المديون قد مات، فقال الغريم: وهبته منه، أو جعلته في حل، ثم بان أنه لم يمت، فليس له أن يأخذه منه، لأنه وهبه مطلقاً لا مقيداً بشرط، فيكون إسقاطاً، روي عن عائشة رضي الله عنها: أن سائلة سألت عنها[٤]، فأمرت خادمتها بأن تعطي لها شيئا، فأعطتها، فلما رجعت قالت عائشة[٥]: ما قالت السائلة؟

---

[١] - وهو مذهب علمائنا الثلاثة، وعليه الفتوى (ر: البزازية بهامش الهندية ٦/٢٣٤).

[٢] - ما بين القوسين ساقط في (م).

[٣] - ما بين القوسين زدناه من فتاوى النوازل: ٣٤٦.

[٤] - في (م): "عنها" ساقط.

[٥] - عائشة أم المؤمنين بنت أبي بكر الصديق زوجة رسول الله -ﷺ- أفقه نساء المسلمين، وأعلمهن بالدين والأدب، كانت تكنى بأم عبد الله، ولدت سنة٩ق هـ/ ٦١٣م بمكة، وتوفيت سنة ٥٨هـ/ ٦٧٨م بالمدنية، تزوجها النبي -ﷺ- في السنة الثانية بعد الهجرة، ولها خطب ومواقف، وكان أكابر الصحابة يسألونها عن الفرائض فتجيبهم، روي عنها (٢٢١٠) حديثا (ر: الإصابة، كتاب النساءات: ٧٠١، وطبقات ابن سعد ٨/٥٨ - ٨١، وأعلام النساء ٣/٩ - ١٣١، والأعلام للزركلي ٣/٢٤٠).

قالت: قالت: بارك الله فيكم، قالت عائشة رضي الله عنها:" ألحقيها وقولي لها: بارك الله فيكم، ليكون قولاً بقول، والصدقة لنا فضل[١]، وعن الحسن البصري رحمه الله: فيمن يخرج الكسرة[٢] إلى مسكين، فلم يجده يضعها حتى يجيئ آخر، فإن أكلها، أطعم عنها مثلها إن شاء[٣].

٥٥٦- الفقير الذي يسأل الناس الحاحاً، ويأكل إسرافاً، يؤجر المتصدق على صدقته مالم يتيقن أنه يصرفه إلى المعصية، روي أن النبي -ﷺ- قيل له: كثر السائل يا رسول الله! فلمن نعطي منهم؟ قال: "من رق قلبك عليه"[٤].

٥٥٧- والتصدق بثمن العبد أفضل من العتق إذا غلب على ظنه أنه يجيئ منه الشر بعده.

٥٥٨- ولو كان عند الفقير قوت يومه يحرم السؤال ولكن الصدقة

---

[١] - هذا حديث غريب، وقد رأيت قصة أخرى مثله، أخرجها النسائي في "عمل اليوم والليلة" عن عبيد بن أبي جعد عن عائشة قالت: أهديت لرسول الله -ﷺ- شاة، فقال: "اقسميها" فقال: وكانت عائشة إذا رجعت الخادم قالت: ما قالوا لك؟ تقول ما يقولون، يقول: "بارك الله فيكم" فتقول عائشة: وفيهم بارك الله، نرد عليهم مثل ماقالوا، ويبقى أجرنا لنا (المسند الجامع ٢/٢٠٠).

[٢] - في (م): "الكسيرة".

[٣] - لم أجد قوله، إلا أنى وجدت في مسند أحمد حديثا مرفوعا عن عبد الله بن عمرو أن رسول الله -ﷺ- قال: "من أخرج صدقة، فلم يجد إلا بربرياً فليردها" (مسند أحمد ٢/٢٢١).

[٤] - لم أجده.

تحل له، وقيل: إن كان له كسب لا يحل له السؤال، والصحيح أنه يحل، لأنه فقير محتاج[1].

---

[1] - بل الصحيح خلافه أن الفقير القوي المكتسب يحرم عليه السؤال، كما في الكتب المعتبرة من مجمع الأنهر والدر المنتقى (٥٢٨/٢)، والتبيين (٣٠٢/١)، والبدائع (٢/ ٤٨)، وفتح القدير (٢/ ٢٠٣، ٢١٦)، والدر المختار (٣٥٤/٢)، لقوله عليه السلام: "لا تحل الصدقة لغني، ولا لذي مرة سوي" (الترمذي: باب من لا تحل له الصدقة ١٤١/١) قال الترمذي: حديث عبد الله بن عمرو حديث حسن، وفي رواية أبي داود عنه: "لا تحل لقوي ولا لذي مرة سوي" (الزكاة، باب ما تجوز فيه المسألة ٢٣١/١)، وفي رواية النسائي عن عبد الله بن عدي: "لا حظ فيها لغني ولا لقوي مكتسب" (باب مسألة القوي المكتسب ٣٦٣/٢)، ولأنه قال عليه الصلاة والسلام: "السؤال آخر كسب العبد" (مجمع الأنهر ٥٢٨/٢) قال الزيلعي عن الحديث الأول، لا تحل الصدقة الخ، محمول على الغني بقوة البدن (التبيين ٣٠٢/١) وقال الكاساني: محمولة على حرمة الطلب والسؤال (البدائع ٤٨/٢) وكذا نقل أبو عيسى الترمذي أيضا عن بعض أهل العلم (باب من لا تحل الصدقة ١٤١/١).

كتاب البيوع

٥٥٩- البيوع جمع بيع، بمعنى مبيع، والمبيع أجناس مختلفة، وأصناف متفاوتة، أو يجمع المصدر لاختلاف أنواعه، أو أريد به الحاصل بالمصدر، كعلم وعلوم، ثم البيع في الغالب يقع على إخراج المبيع عن الملك قصداً، وقيل: هو إخراج الثمن عن ملكه، وكذا الشراء إلا أن البيع وضع للإيجاب غالباً، لأن الإيجاب أصل، والشراء أيضاً أصل، وأما الاشتراء والابتياع وضع للقبول.

٥٦٠- والبيع في اللغة هو المبادلة، وفي الشرع: هو مبادلة المال بالمال بالتراضي، وهو الركن، وفيه الكلام سواء كان المال منتفعاً به في الحال أو لم يكن، كبيع الجحش[١]، والأرض السبخة بخلاف الإجارة.

٥٦١- والبيع يشتمل على عقد المقايضة: وهو بيع السلعة بالسلعة، وعلى الصرف: وهو بيع الثمن بالثمن، وعلى السلم: وهو بيع الدين بالعين، لأن المسلم فيه في الذمة، وهو دين، ورأس المال متعين بالقبض، ويقع على بيع مطلق: وهو بيع العين بالدين، ويقع على البيع اللازم، والموقوف، والصحيح، والفاسد[٢]، والمعلوم، والمجازفة[٣].

---

[١] - الجحش: ولد الحمار ج جحاش وجحشان (القاموس المحيط ص: ٧٥٦).

[٢] - البيع اللازم أي النافذ: هو ما أفاد الحكم للحال، والموقوف: ما أفاده عند الإجازة، والفاسد: ما أفاده عند القبض، والباطل: مالم يفده أصلا، هذه أقسام أربعة للمطلق (ر: الهندية ٣/٣، ط رحيمية).

[٣] - قال الجوهري: الجزف: أخذ الشيء مجازفة وجزافا، فارسي معرب

٥٦٢- ثم البيع ينعقد بالإيجاب والقبول إذا صدر من أهله، وهو كونه عاقلاً يعقل البيع، وأن يكون راضياً به، ومضافاً إلى محله، وهو أن يكون المال مقدور التسليم، وهذه شروط، ثم الأثر الثابت في المحل بهذا[١] اللفظ يسمى حكماً، وهوثبوت الملك لكل واحد منهما فيهما.

٥٦٣- والانعقاد عبارة عن انضمام كلام أحد المتعاقدين إلى الآخر، والإيجاب عما بدأ به كقوله: بعت أو اشتريت، والقبول عما تأخر عنه، مثل قوله: اشتريت أو قبلت، وهو يبني على الإثبات، أي يثبت لكل واحد من اللفظين فيما يلفظ به، إلا أن البيع إنشاء، والإنشاء يعرف بالشرع، لأن الواضع لم يضع للإنشاء لفظاً خاصاً، والشرع جعل اللفظ الموضوع للإخبار عن الماضي للإنشاء، لأن الماضي يستدعي سبق المخبر به، ليصح كلامه، فكان الموجود حقاً له بمقتضى الحكمة، فإذا قصد الإنشاء أخبر باللفظ الذي يقتضي الوجود، وهو لفظ الماضي، وكذا ذكره في الإيضاح[٢].

٥٦٤- ولا ينعقد البيع بلفظ المستقبل، لأنه متردد بين الوعد

(الصحاح ١٣٣٧/٤) وقال العيني نقلا عن المغرب: هو البيع بالحدس والظن بلا كيل ولا وزن (العيني ١٧/٣).

[١] – في النسخ الثلاث: "بهذه".

[٢] – وهو الإيضاح في الفروع للإمام أبي الفضل عبد الرحمن بن محمد الكرماني الحنفي المتوفى سنة ثلاث وأربعين وخمسمائة (٥٤٣هـ) صنفه المؤلف في ثلاث مجلدات شرحا للتجريد في الركن في الفروع لنفسه.

والحال بخلاف النكاح[1]، لأن البيع يقع بغتة[2]، والنكاح له مقدمات، وفي التحفة[3] ينعقد بقوله: لأبيع، لأنه خاص للحال، وإذا نوى به الحال[4]، وفي المجرد[5]: أبيع منك[6] هذا بألف بمنزلة قوله: بعت[7]، وقوله: أعطيتك بكذا،

---

١ – أي ينعقد النكاح بذلك، فإن قال أحدهما: زوجني، فقال الآخر: زوجتك انعقد، لأن هذا توكيل بالنكاح، والواحد يتولى طرفي النكاح (ر: العيني ٥/٣).

٢ – البغت، والبغتة، والبغتة، محركة: الفجأة (القاموس المحيط ص: ١٨٩).

٣ – هو تحفة الفقهاء في الفروع، للشيخ الإمام الزاهد علاء الدين محمد بن أحمد السمرقندي الحنفي المتوفى سنة ٥٣٩هـ، وضع هذا الكتاب تحقيقا لأماني بعض الإخوان والأصحاب وطلبتهم، وزاد فيها على مختصر القدوري واستوعب ما فات عنه، وقارن فيها المذاهب الأخرى المتبعة خاصة المذهب الشافعي، وأحياناً المالكي أيضا، ورتب أحسن ترتيب، اعتبره العلماء من أهم مصادر الفقه الحنفي، وصنف تلميذه أبو بكر بن مسعود الكاساني شرحاً عظيماً سماه "بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (كشف الظنون ٣٧١/١هـ) طبع في ثلاثة أجزاء من دار الكتب العلمية بيروت سنة ١٤٠٥هـ.

٤ – أي إذا كانا بالمضارع، أو كان أحدهما بلفظ الماضي والآخر بالمستقبل مع نية الإيجاب للحال فإنه ينعقد، وإن لم ينو لا ينعقد، هكذا في القنية، (الهندية ٣/٣، ط رحيمية، والبدائع ١٣٣/٤، والبحر ٢٦٣/٥).

٥ – هو المجرد في فروع الحنفية، للإمام أبي القاسم اسماعيل بن الحسين بن عبد الله البيهقي، اختصر فيه المبسوط، والجامعين، والزيادات، ثم شرحه بنفسه، وسماه "الشامل" وباسم" المجرد" للامام زفر، ولحسن بن زياد اللؤلؤي (ر: كشف الظنون ١٥٩٣/١، والفهرست لابن النديم ص: ٢٨٨).

٦ – في (ن،ع): "أبيعك" ساقط وفي (م): "ابتعك" والصحيح ما كتبناه.

٧ – أي إذا استعملوه للحال ولا يستعملونه للوعد والاستقبال كأهل خوارزم،

أو رضيت بكذا، أو خذه في معنى قوله: بعت واشتريت، لأنه يؤدي إلى معناه، وهو ثبوت البيع اقتضاء، وهو المعتبر في هذه العقود.

ولهذا ينعقد بالتعاطي[1] في النفيس والخسيس[2] في الصحيح عند ظهور[3] السعر[4] فتتحقق المراضاة[5] به.

٥٦٥- فإذا أوجب أحد المتعاقدين البيع فالآخر بالخيار، إن شاء

فكالماضي ولا يحتاج إلى النية، (ر: الدر المختار مع الرد ٩/٤، ط نعمانية).

[1] - وانظر للتفصيل: رد المحتار ٤/ ١١، ط: نعمانية، وينعقد البيع بالتعاطي ولو من أحد الجانبين، وبه يفتى، صورته أن يتفقا على الثمن، ثم يأخذ المشتري المتاع، ويذهب برضى صاحبه من غير دفع الثمن، أو يدفع المشتري الثمن للبائع، ثم يذهب من غير تسليم المبيع، فإن البيع لازم على الصحيح، حتى لو امتنع أحدهما بعده أجبره القاضي، (الدر المختار بهامش الرد ١١/٤)، وفي فتح القدير (٢٣٤/٦): عن أبي معاذ قال: رأيت سفيان الثوري جاء إلى صاحب الرمان فوضع عنده فلساً وأخذ رمانة ولم يتكلم ومضى، وهو الصحيح (جامع الرموز ٣٠٧/٣).

[2] - المراد بالنفيس ما يكثر قيمته، كالعبيد والإماء، والخسيس مايقل، كالبقل كما في النهاية (جامع الرموز ٣٠٧/٣) ومنهم: من حد النفيس بنصاب السرقة فأكثر، والخسيس بما دونه، والإطلاق هو المعتمد (رد المحتار ١١/٤، ط نعمانية) وإني أرى إطلاق كل واحد منهما مبنيا على عرف الناس.

[3] - في (ن،ع): "ظهور" ساقط.

[4] - والمسألة واضحة في الهداية: "ولهذا ينعقد بالتعاطي في النفيس والخسيس، وهو الصحيح، لتحقق المراضاة" (٣/ ٢).

[5] - في (ن،ع): "الرضاة"، وفي (م): "المرضاة" والصحيح ما كتبناه.

قبل في المجلس وإن شاء رده، لأن حكم العقد لا يلزمه من غير رضاه، فإذا لم ينفذ حكمه فالموجب بالخيار، إن شاء رضي، وإن شاء رجع عن الإيجاب، ولذا يمتد إلى آخر المجلس، لأن المجلس جامع للمتفرقات، فاعتبرت ساعات المجلس بمنزلة ساعة واحدة دفعاً للعسر وتحقيقاً لليسر، وعند الشافعي رحمه الله خيار القبول على الفور[1]، والكتاب فيه كالخطاب في اعتبار المجلس، وكذا الإرسال[2].

٥٦٦- ولا يتم العقد بمجرد الإيجاب، إلا إذا كان العاقد صالحاً للعقد من الجانبين يتم به بدون القبول، كالأب إذا باع مال ابنه الصغير، أو اشترى لنفسه مال ابنه الصغير، يجوز استحساناً، ويتم بالإيجاب[3]، ولا يحتاج إلى القبول، والمسألة مذكورة في الزيادات[4]، وعلى هذا قال

---

[1] - في المجموع: يشترط لصحة البيع ونحوه أن لا يطول الفصل بين الإيجاب والقبول (١٩٩/٩، ط مكتبة الإرشاد) ولا يتخللها كلام أجنبي عن العقد (فتح العزيز مع المجموع، المطبوع بدار الفكر ١٠٤/٨).

[2] - قال المؤلف في الهداية: "والكتاب كالخطاب، وكذا الإرسال، حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب، وأداء الرسالة" (٢/٣).

[3] - في (م): "ويجوز استحسانا بالإيجاب ولا يحتاج" الخ.

[4] - هو كتاب الزيادات للإمام محمد بن الحسن الشيباني (١٣٥- ١٨٩هـ/٧٥٢-٨٠٥م) وفي وجه تسميتها أقوال مختلفة، كلها ترجع إلى القولين في الواقع، أحدهما: إن الإمام محمد زاد على ما أملاه استاذه الإمام أبو يوسف إتماما له، والثاني: لما فرغ من تصنيف الجامع الكبير، تذكر فروعا لم يذكرها فيه، فصنف كتابا آخر ليسوق فيه تلك الفروع الأخرى التي خلا عنها الجامع الكبير، وسماه "الزيادات" فإنها تعتبر من كتب ظاهر الرواية الستة، وقد

رجل لآخر: اشتريت عبدك بألف، فقال البائع: بعت، تم البيع، ولا يحتاج إلى قبول آخر، والإقالة مثل البيع.

٥٦٧- فإذا حصل الإيجاب والقبول لزم البيع، ولا خيار لواحد منهما إلا من عيب أو عدم رؤية، وقال الشافعي رحمه الله: لهما الخيار في المجلس، لقوله عليه السلام:" المتبايعان بالخيار مالم يتفرقا"[١] ويراد به تفرق الأبدان[٢]، ونحن نقول: ويراد به تفرق الأقوال، يعني أن للموجب خيار الرجوع عما قال قبل قبول صاحبه، ولصاحبه الخيار أيضاً، إن شاء قبل وإن شاء رد، وهذا الخيار ثابت لهما ما لم يتفرقا قولاً، والتفرق قبل القبول دليل الإعراض الموجب، ودليل الامتناع عن القبول.

٥٦٨- وإن قال أحدهما: بعت، وقال الآخر: اشتريت، أوقال: لا أشتري، لا يبقى الخيار بعد ذلك.

وإنما سماهما متبايعين قبل قبول الآخر على طريق المجاز،

شرحها جماعة، وباسمها لغيره أيضا كصاحب المحيط، وقاضي علاء، وقاضي خان والعتابي (ر: كشف الظنون ٩٦٢/٢، ٩٦٤).

[١] - أخرجه النسائي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي -ﷺ- قال: "المتبايعان بالخيار مالم يتفرقا إلا أن يكون صفقة خيار، ولا يحل له أن يفارق صاحبه خشية أن يستقيله" (البيوع، وجوب الخيار للمتبايعين ٢١٣/٢) وفي مسلم عن حكيم بن حزام عن النبي -ﷺ- قال: "البيعان بالخيار مالم يتفرقا" (باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين ٦/٢).

[٢] - ر: المهذب مع المجموع ٢٠٥/٩، ومختصر المزني ص: ٧٥.

وإيجاب البائع أحد شطري العلة للحكم[١]، والحكم إذا تعلق بوصفين مؤثرين[٢] فالوصف الأول له حكم السبب المحض، والثاني له حكم العلة، لأن تمام الحكم يثبت به.

٥٦٩- والأعواض المشار إليها لا تحتاج إلى معرفة مقدارها[٣] في جواز البيع، لأن الإشارة أبلغ في باب التعريف من تسمية الوصف، كما مرّ في النكاح، وجهالة الوصف لا تفضي إلى المنازعة إلا في السلم، هذا إذا[٤] اختلفا في الجنسية، أما إذا اتفقا كالحنطة بالحنطة[٥]، فإنه لا يجوز بيع أحدهما بالآخر[٦] بينهما، حتى يعلم المساواة بينهما، وقال زفر: يجوز مالم يعلم التفاضل بينهما، وقوله: الأعواض تتناول المبيع والثمن، ومعرفة مقدار الثمن شرط في السلم، والأثمان المطلقة لا تصح إلا أن

---

[١] - في (ن،ع): "العلة للحكم" ساقط.

[٢] - في (ن،ع): "من شطرين" محل "مؤثرين".

[٣] - فإذا قال: بعتك هذه الصبرة من الحنطة من الأرز وهي مجهولة العدد بهذه الدراهم التي في يدك وهي مرئية له فقبل جاز ولزم، لأن الباقي جهالة الوصف يعني القدر وهو لا يضر، إذ لا يمنع من التسليم والتسلم لتعجلة كجهالة القيمة لا تمنع الصحة، ثم المسألة مقيدة بغير الأموال الربوية وبالربوية إذا قوبلت بغير جنسها، أما الربوية إذا قوبلت بجنسها كالحنطة والذهب بالذهب فلا يصح مع الإشارة إليها لاحتمال الربا واحتمال الربا مانع كحقيقة الربا شرعاً (فتح القدير ٢٤٠/٦، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان).

[٤] - في (ن،ع): "إذا" ساقط.

[٥] - في (ن،ع): "بالحنطة" ساقط.

[٦] - زاد في (ن،ع): "بينهما".

تكون معروفة القدر والصفة، أراد بها إذا لم يكن مشاراً إليها، وكل جهالة تفضي إلى المنازعة في التسليم والتسلم يمنع صحة البيع.

٥٧٠- ومن باع سلعة بثمن - والدراهم والدنانير ثمن محض شرعاً، والسلعة ثمن[١] إذا لحقته كلمة باء - قيل للمشتري: ادفع الثمن أولاً، لأن حق المشتري وهو المبيع متعين بالتسمية، فلا بد من أن يتعين حق البائع وهو الثمن، والدراهم والدنانير لا يتعينان[٢] في العقود والفسوخ، فيحتاج إلى قبض الثمن أولاً حتى يكون عيناً بعين تحقيقاً للمساواة، حتى لو قبض المشتري المبيع بغير إذن البائع قبل نقد الثمن، فللبائع أن يسترده من يده، كالراهن إذا أخذ الرهن من يد المرتهن.

---

[١] - وفي النسخ الثلاث: "والسلعة ثمن إلا إذا ألحقه كلمة باء" والصواب ما كتبناه.

[٢] - وفي (ن،ع): "لا تتعين".

فصل في الخيارات

٥٧١- ثم البيع نوعان: لازم، كالبيع بلا خيار، وغير لازم، كالبيع بالخيار، والبيع والشراء علة لزوال الملك أو لثبوته، فيجوز أن يتراخى الحكم عن علته، ولكن لا يجوز أن يتخلف الحكم عن علته.

٥٧٢- ثم المانع عن الحكم أنواع:

مانع يمنع انعقاد العلة: كبيع الحر، ومانع يمنع تمام العلة، كبيع مال الغير، ومانع يمنع ابتداء الحكم، كخيار الشرط، ومانع يمنع تمام الحكم، كخيار الرؤية، ومانع يمنع لزوم الحكم، كخيار العيب، وخيار التعيين.

٥٧٣- ثم خيار الشرط جائز في البيع للبائع والمشتري أو لأحدهما، ولهما إلى ثلاثة أيام بالنص[١]، ولا يجوز أكثر منها عند أبي

---

[١] - وهو مروي عن نافع عن ابن عمر قال: كان حبان بن منقذ رجلا ضعيفا، وكان قد سفع في رأسه مامومة، فجعل له رسول الله -ﷺ- الخيار فيما اشترى ثلاثا، وكان قد ثقل لسانه، فقال رسول الله -ﷺ-: "بع وقل لا خلابة" (المستدرك للحاكم ٢٦/٢) قال في التلخيص: صحيح (التلخيص الحبير مع المجموع المطبوع بدار الكفر ٣١١/٨) وأخرجه ابن ماجه مرسلا، فقال له:" إذا أنت بايعت، فقل: لا خلابة ثم أنت في كل سلعة ابتعتها بالخيار ثلاثة ليال، فإن رضيت فأمسك، وإن سخطت فارددها على صاحبها" (الأحكام، باب الحجر على من يفسد ماله ١٧٠/٢)، والبيهقي مرفوعا في البيوع (باب الدليل على أن لا يجوز شرط في البيع أكثر من ثلاثة أيام ٢٧٣/٥).

حنيفة، وزفر، والشافعي رحمهم الله[1]، وقال أبويوسف و محمد رحمهما الله: يجوز[2] أكثر من ثلاثة أيام إذا سمى مدة معلومة[3]، لأن الأثر قد ورد في الأكثر وهو قول ابن عمر رضي الله عنهما وهوأجازه إلى شهرين[4]، ولأن الحاجة ماسة في الأكثر أيضاً، أما وجه قول أبي حنيفة رحمه الله في مدة الخيار أن النص ورد في الثلاثة على خلاف مقتضى العقد، وهو اللزوم، فأخذناه فيما ورد فيه النص، ومن له الخيار يمنع خياره خروج ماله عن ملكه دون مال من لاخيار له.

وهل يملك مال الآخر؟ فعند أبي حنيفة رحمه الله لا يملك، وعندهما يملكه[5]، وعلى هذا مسائل كثيرة[6]، منها: إذا اشترى امرأته بخيار الشرط لم يفسد النكاح عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما يفسد النكاح.

---

[1] - لا يجوز عنده أكثر من ثلاثة أيام للحديث المذكور، هذا هو المشهور في المذهب (المجموع ٢٢٦/٩، ط الإرشاد).

[2] - في (ن،ع): "يجوز" ساقط.

[3] - والصحيح قول الإمام كذا في جواهر الأخلاطي (الهندية، الباب السادس ٢١/٣، ط رحيمية، انظر: جامع الرموز ٣٢٠/٣).

[4] - قال الزيلعي: قلت: غريب جدا (نصب الراية ٨/٤) ورأيت قوله في موسوعة فقه عبد الله بن عمر مطلقا أنه قال في الذي يقول:" بعتك على أن تنقدني إلى ثلاث، أو مدة معلومة، وإلا فلا بيع بيننا، "البيع صحيح" (٣٣٩).

[5] - في جامع الرموز: "لا يملكه أي المبيع الخارج عن ملك البائع المشتري، وهذا عنده، وأما عندهما فيملكه المشتري، والتعويل على الأول" (٣١٠/٣).

[6] - في (ن،ع): "كثيرة" ساقط.

٥٧٤- ومن شرط له الخيار فله أن يجيز العقد في المدة بغير حضرة صاحبه، وليس له أن يفسخ إلا أن يكون الآخر حاضراً عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، ويراد بحضرته علمه[١].

٥٧٥- ولو هلك المبيع في مدة الخيار بطل البيع، إن كان الهلاك في يد البائع والخيار له، وإن كان الهلاك في يد المشتري والخيار له، يهلك بالثمن عندهما، ولو تعيب فيه عيب حادث، إن كان الخيار للمشتري يمنع الرد على قولهما.

٥٧٦- ومن مات وله خيار الشرط وخيار الرؤية، بطل خياره ولم ينتقل إلى ورثته عندنا[٢]، خلافاً للشافعي رحمه الله[٣]، بخلاف خيار العيب

---

[١] - وقال أبو يوسف: يجوز، وهو قول الشافعي (الهداية مع فتح القدير ٢٩٠/٦، دار الكتب العلمية).

[٢] - وفي الهداية ما يوضحه: وإذا مات من له الخيار بطل خياره ولم ينتقل إلى ورثته وقال الشافعي: يورث عنه، لأنه حق لازم ثابت في البيع فيجري فيه الإرث كخيار العيب والتعيين، ولنا أن الخيار ليس إلا مشيئة وإرادة ولا يتصور انتقاله، والإرث فيما يقبل الانتقال، بخلاف خيار العيب، لأن المورث استحق المبيع سليما فكذا الوارث، فأما نفس الخيار لا يورث، وأما خيار التعيين يثبت للوارث ابتداء لاختلاط ملكه بملك الغير لا أن يورث الخيار (الهداية مع فتح القدير ٢٩٥/٦ باب خيار الشرط).

[٣] - ولو مات من له الخيار..... لم يبطل خياره، بل ينتقل إلى وارثه (المجموع ٢١٧/٩) وأما خيار الرؤية ففيه قولان مشهوران: صحيح في القديم، وغير صحيح في الجديد، واختلف الأصحاب في الأصح من القولين، وصحح الأكثرون بطلان خيار الرؤية وهو الأصح، وعليه فتوى الجمهور من

والتعيين، أما خيار الشرط لا يثبت للورثة، لا بطريق الإرث، لا[1] ابتداء.

٥٧٧- وأما خيار الرؤية لا يثبت بالإرث أيضاً، هو الصحيح.

٥٧٨- وخيار التعيين يثبت، وهو أن يشتري أحد الثوبين أو أحد الثلاثة[2] إلى ثلاثة أيام يجوز استحساناً.

٥٧٩- ولو اشترى أحد[3] الأربعة إلى ثلاثة أيام لا يجوز، وهو القياس[4]، لأن المبيع مجهول إلا أن في الثلاثة إنما جوز لحاجة الناس{إليها، لأن الناس}[5] يشترون شيئاً في السوق لأهلهم ولا يمكنهم أن يحضرهم فيه، فيحتاج إلى ذلك حتى يختاروا ذلك[6]، وهذه الحاجة تندفع بالثلاث، لأن الثلاث دائر بين الجيد والرديء والوسط، وهذا الخيار إنما

الأصحاب، لأن هذا القول آخر من نص الشافعي، فهو ناسخ لما قبله (ملخص من المجموع:٩/ ٣٥٠، ٣٥١) فإذا لم يثبت خيارالرؤية أصلا عندهم، فيندفع انتقاله إلى الوارث، وأما المصنف فذكر انتقاله إليه، وهو بناء على القول القديم لا الجديد الراجح.

[1] – في (ن،ع): "لا" ساقط.

[2] – في (ن): "الثلاثين".

[3] – في (م): "إحدى".

[4] – وفي الهداية: ومن اشترى ثوبين على أن يأخذ أيهما شاء بعشرة وهو بالخيار ثلاثة أيام فهو جائز، وكذا الثلاثة، فإن كانت أربعة أثواب فالبيع فاسد، والقياس أن يفسد البيع في الكل لجهالة المبيع الخ (الهداية مع الفتح ٦/٣٠٠، باب خيار الشرط).

[5] – ما بين القوسين ساقط في (م).

[6] – في (م): "حتى يختاروا ذلك أهلهم...".

يثبت لمن يختاره، وهو الأهل دون المشتري، حتى يبقى الخيار للأهل بعد موت المشتري، لا لأنه يرثه منه، وهو بمنزلة خيار الشرط لغير المشتري، وهو يجوز استحساناً أيضاً عندنا خلافاً لزفر، وهو القياس، لأن الخيار يثبت للعاقد أولاً، ثم يجعل الغير نائباً عنه تصحيحاً لتصرفه، ثم بعد ذلك أيهما أجاز جاز، وأيهما نقض انتقض، فلو أجاز أحدهما وفسخ الآخر يعتبر السابق منهما[١].

٥٨٠- ولو اشترى شيئاً على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام[٢] فلا بيع بينهما جاز استحساناً أيضاً، وإلى أربعة أيام لا يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله خلافاً لمحمد رحمه الله، وهو القياس في الثلاثة، وهو قول زفر رحمه الله[٣]، لأنه بيع بشرط إقالة فاسدة، والبيع

---

[١] - ولو خرج الكلامان منهما معاً يعتبر تصرف العاقد في رواية، وتصرف الفاسخ في أخرى، وجه الأول أن تصرف العاقد أقوى، لأن النائب يستفيد الولاية منه، وجه الثاني أن الفسخ أقوى، لأن المجاز يلحقه الفسخ والمفسوخ لا تلحقه الإجازة (الهداية مع الفتح ٦/٢٩٧)، وهو الأصح كما في التبيين (٤/٢٠)، وصححه قاضي خان معزيا إلى المبسوط، ورجحه صاحب الكنز، وقيل: الأول قول محمد، والثاني قول أبي يوسف (ر: البحر ٦/٢٠).

[٢] - في (ن،ع): "أيام" ساقط.

[٣] - ونقل الحصكفي اختلافه في خيار النقد أنه لا يجوز عنده (الدر المختار بهامش الرد٤/ ٤٩) كذا في التبيين (٤/١٥)، ويكون الفتوى على قول الشيخين، لأنه من أصول الإفتاء والترجيح أنه إذا وافق الإمام أحدا من الصاحبين، لا يعدل عنه ويفتى به، كما في رسم المفتي (ص: ٧٠).

بشرط[1] إقالة صحيحة تفسد، فبالفاسد أولى، وأما وجه الاستحسان وهو أن البائع ربما يخاف من مماطلة المشتري أو من إفلاسه، فيجوز هذا للحاجة كخيار الشرط، وأبوحنيفة رحمه الله مرّ على أصله فيه، وكذلك محمد رحمه الله، وفرق أبو يوسف رحمه الله بين هذا وبين خيار الشرط في أكثر من ثلاثة أيام، ولو نقد الثمن في الثلاثة يجوز في قولهم جميعاً[2].

٥٨١- ومن اشترى عبدين على أنه بالخيار في أحدهما [فالبيع فاسد إلا أن يبين الخيار في أحدهما] [3] معينا ويفصل ثمنه[4].

٥٨٢- ومن اشترى كتاباً على أنه بالخيار، لا يبطل خياره بالدراسة، ويبطل بالانتساخ.

---

[1] - في (م): "بشرط" ساقط.

[2] - والخلاف السابق فيما لو شرط الخيار أكثر من ثلاثة ثابت هنا، فيفسد عنده ويرتفع بالنقد قبل مضي اليوم الثالث على ما ذهب إليه العراقيون، وموقوف على ما ذهب إليه الخراسانيون، كذا في الذخيرة (البحر ٦/٦).

[3] - ما بين القوسين ساقط في (ن،ع).

[4] - وفي النسخ الثلاث: "ويفصل منه" والصواب ما كتبناه من فتاوى النوازل ٣٥٠ طبع دار الإيمان، والمسألة على أربعة أوجه: أحدها أن لا يفصل الثمن ولا يعين الذي فيه الخيار، والثاني: أن يفصل الثمن ويعين الذي فيه الخيار، وهو المذكور في متن الكتاب، والثالث: أن يفصل ولا يعين، والرابع: أن يعين ولا يفصل، والعقد فاسد في الوجه الأول والأخيرين، والثاني جائز، لأن المبيع معلوم والثمن معلوم (ر: الهداية ١٧/٣).

[فصل في خيار الرؤية][1]

٥٨٣- ومن اشترى مالم يره، فله خيار الرؤية إذا رآه، إن شاء أخذه وإن شاء رده للحديث الذي ورد فيه[2]، وقال الشافعي رحمه الله: لا يجوز أصلاً[3]، لأن المبيع مجهول[4]، ومن باع مالم يره فلا خيار له، وهو الأصح[5]، وعن أبي حنيفة رحمه الله في قوله الأول: له الخيار، وهو

---

[1] - هذا العنوان غير موجود في النسخ الثلاث وزدناه للتوضيح.

[2] - أخرجه الدارقطني والبيهقي كلاهما من حديث أبي هريرة قال قال رسول الله -ﷺ-: "من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار" (البيوع ٢٦٨/٢، السنن الكبرى، باب من قال يجوز بيع العين الغائبة ٢٦٨/٥)، وابن أبي شيبة في مصنفه عن مكحول نحوه مرسلا، وفي سند المرفوع عمر الكردي، تكلم فيه نقاد الحديث، وفي المرسل أبوبكر بن أبي مريم ضعيف (ر: السنن الكبرى للبيهقي ٢٦٨/٥، ونصب الراية ٩/٤).

[3] - وهو قوله الجديد، وفي القديم صحيح (ر: فتح العزيز مع المجموع ١٤٦/١٨).

[4] - في (م): "مجهولا".

[5] - وهو قوله المرجوع إليه، كما في البحر (٢٧/٦) ونقله العلامة ابن عابدين الشامي، ثم قال: وبه ظهر أن قوله "في الأصح" لا محل له، لإيهامه أن مقابله صحيح، مع أن ما رجع عنه المجتهد لم يبق قولا له، لأنه في حكم المنسوخ (رد المحتار ٦٥/٤، ط نعمانية)، وروي عن علقمة بن وقاص الليثي قال: اشترى طلحة بن عبيد الله من عثمان بن عفان مالا، فقيل لعثمان: إنك قد غبنت، وكان المال بالكوفة، وهو مال آل طلحة الآن بها، فقال

قول الشافعي[1].

٥٨٤- وخيار الرؤية غير مؤقت بوقت، وكذا خيار العيب والتعيين، بل يبقى إلى أن يراه، أو يوجد ما يبطله، وما يبطل خيار الشرط من تعيب أو تصرف يبطل خيار الرؤية.

٥٨٥- والأصل في خيار الرؤية رؤية ما يدل على العلم بالمقصود، فيكتفي بها كوجه الجارية، والدابة وكفلها[2]، وأما المكيل[3] والموزون يكتفي بالنموذج منه، وكذا فيما لا تتفاوت آحاده، كالجوز والبيض في رواية، وأما ما تتفاوت آحاده كالثياب والدواب فلا بد من رؤية كل واحد منهما، حتى لو رأى أحد الثوبين فاشتراهما[4] ثم رأى

عثمان: لي الخيار، لأني بعت ما لم أره، وقال طلحة: لي الخيار، لأني اشتريت ما لم أره، فحكما بينهما جبير بن مطعم، فقضى أن الخيار لطلحة ولا خيار لعثمان (شرح معاني الآثار: باب تلقي الجلب ٢٠١/٢)، وأخرجه البيهقي في سننه (البيوع، باب من قال يجوز بيع الغائبة ٢٦٨/٥) وكان ذلك بمحضر من الصحابة (الهداية ٢٠/٣) ولم ينكر عليه أحد من الصحابة، فكان إجماعا بينهم، ولهذا رجع أبو حنيفة حين بلغه الخبر (العيني ٥٢/٣).

[1] - وهو قوله القديم، وفي الجديد لا يثبت له خيار الرؤية (ر: فتح العزيز مع المجموع ١٤٦/٨).

[2] - الدابة من الأسماء الغالبة، في الأصل ما يدب على الأرض، وفي العرف: ما له قوائم أربع كالفرس، وكفلها بفتحتين، محركة: العجز (جامع الرموز ٣١٣/٣).

[3] - في (ن،ع): "المصدر" مكان "المكيل".

[4] - في (ن،ع): "فاشتراها".

الآخر، جاز له أن يردهما، لأن في رد أحدهما تفريق الصفقة[1] قبل تمامه. وخيار الرؤية يمنع تمام الصفقة، وكذا خيار الشرط، بخلاف خيار العيب، فإن الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض، ولهذا لا يتمكن من الرد بغير قضاء عند عدم الرضا فيه، بخلاف خيار[2] الرؤية والشرط.

٥٨٦- ونظر الوكيل بالشراء كنظر المشتري، ونظر الوكيل بالقبض والرسول[3] كنظر المشتري عند أبي حنيفة رحمه الله.

---

[1] - في (ن): "الصدقة"، وفي (ع،م): "الصفة".

[2] - في (ن،ع): "خيار" ساقط.

[3] - وفي الهداية: لا يكون نظر الرسول كنظر المشتري، وهذا عند أبي حنيفة (٢١/٣) وصورة التوكيل بالشراء أن يقول: كن وكيلا عني بشراء كذا، وصورة التوكيل بالقبض أن يقول: كن وكيلا عني بقبض ما اشتريته وما رأيته، وصورة الرسالة أن يقول: كن رسولا عني بقبضه، فرؤية الوكيل الأول تسقط الخيار بالإجماع، ورؤية الثاني تسقط عند أبي حنيفة إذا قبضه ناظرا إليه، فحينئذ ليس له ولا للمؤكل أن يرده إلا بعيب، وأما إذا قبضه مستورا ثم رآه، فأسقط الخيار، فإنه لا يسقط؛ لأنه لما قبضه مستورا انتهى التوكيل بالقبض الناقص، فلا يملك إسقاطه قصدا لصيرورته أجنبيا، وإن أرسل رسولا بقبضه فقبضه بعد ما رآه، فللمشتري أن يرده، وقالا: الوكيل بالقبض والرسول تساويا في قبضهما بعد الرؤية أي أنه لا يسقط خيار المشتري (ر: رد المحتار ٦٨/٤، والهداية ٢٢/٣)، أصل المسألة أن الوكيل بالقبض يملك إبطال خيار الرؤية مع التفصيل المذكور عند الإمام، خلافا لهما (ر: الهندية، الفصل الثالث من الباب السابع ٦٥/٣)، والصحيح قول الصاحبين (جامع الرموز ١٤٦/٣).

٥٨٧- وبيع الأعمى وشراؤه جائز عندنا، وله خيار الرؤية إذا اشترى[١].

وفي الاستصناع أن الخيار للمشتري[٢] عند أبي حنيفة رحمه الله.

٥٨٨- إذا اشترى أرضاً ولم يرها[٣] فزرعها الأكار ثم رآها، ليس له أن يردها[٤].

٥٨٩- ويجوز بيع الحنطة في سنبلها، والباقلاء في قشره الأخضر، وكذا الجوز، واللوز[٥]، والفستق والأرز، والسمسم في قشره، لأنه مال متقوم مقدور التسليم، وللشافعي في الحنطة قولان[٦]، ولو اشترى لؤلؤاً في صدف يجوز عند أبي يوسف رحمه الله كما لو اشتراه في الحُقة[٧]، وعند محمد رحمه الله لا يجوز كما لو اشترى الولد في البطن[٨].

---

[١] - ولا خيار له فيما باعه، كذا في السراج الوهاج (الهندية ٦٥/٣).

[٢] - أي في الاستصناع الخيار للمستصنع ولا خيار للصانع في ظاهر الرواية، وروي عنه ثبوت الخيار لهما، وعن الثاني عدمه لهما والصحيح الأول (رد المحتار ٤٧٥/٧ باب السلم).

[٣] - في (م): "لم يرها" بدون "و".

[٤] - في (ن): "أن يراها"، قيده في السراجية بإذن المشتري (ص: ١٠١).

[٥] - في (م): "اللوز" ساقط.

[٦] - إذا باع هذا النوع مع سنبله فقولان مشهوران: ذكرهما المصنف بدليليهما، الأصح الجديد لا يصح بيعه، والقديم صحته (المجموع ٣٧٣/٩).

[٧] - المراد منه: الظرف.

[٨] - عند أبي يوسف جائز، وله الخيار، وعند محمد باطل، وعليه الفتوى، كذا في المضمرات (ر: الهندية ٣٣/٣، ط رحيمية).

٥٩٠- ولو رد المشتري قبل الرؤية يصح رده، ولو أجاز لم يجز، وخياره باق إلى أن يراه[١]، وخيار الرؤية يجوز أيضاً في الإجارة، والقسمة، والصلح عن دعوى الأموال[٢].

---

[١] - وعليه عامة المشايخ، وهو الصحيح (جامع الرموز ٣١٢/٣).

[٢] - وما أشبه ذلك من العقود التي تنفسخ بالرد، هكذا في شرح الطحاوي (الهندية ٣٢/٣، ط رحيمية).

[فصل في خيار العيب][1]

٥٩١- إذا اطلع المشتري على عيب في المبيع فهو بالخيار، إن شاء أخذه بجميع الثمن، وإن شاء[2] رده، لأن مطلق العقد يقتضي السلامة، فعند فواته يتخير كيلا يتضرر المشتري بلزوم ما لا يرضى به، وليس له أن يمسكه ويأخذ النقصان، لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن، ولأن البائع لم يرض بزواله عن ملكه، إلا بهذا الثمن المسمى، فلا ينقص منه دفعاً للضرر عنه.

٥٩٢- والمراد بالعيب هو العيب الذي ظهر عند المشتري، وهو كان عند البائع، ولم يره المشتري عند العقد ولا عند القبض ولا رضي به وإذا أنكر البائع العيب، فعلى المشتري أن يقيم البينة أنه كان عنده، ويعتبر إنكاره عند ظهور العيب في يد المشتري بالحجة، فإن أقام البينة، وإلا يحلف البائع بالله لقد بعته وما به هذا العيب عندي قط، أو بالله ما به هذا عندك قط[3]، ولا يحلف بالله لقد بعته وما به هذا العيب، لأن العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم، وهو موجب للرد أيضاً، وإن اعترف به

---

[1] - هذا العنوان غير موجود في النسخ الثلاث زدناه للتوضيح.

[2] - لفظ" شاء" ساقط في (ن).

[3] - في (ع): "وفي كيفية تحليف البائع أقاويل: والصحيح أنه محلف بالله ما له قبلك حق الرد بسبب يدعيه المشتري وعليه الفتوى" (ص: ١٤٩، نسخة خطية).

البائع[1]، قال أبويوسف رحمه الله: يحلف المشتري أنه ما رضي به، ولا تصرف فيه بعد ما علم به، وإن لم يدع البائع ذلك صيانة لقضاء القاضي عن النقص، وهذا احتياط.

٥٩٣- وكل ما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب، والمرجع في معرفته عرف أهله، ومن هذا العمي، والشلل[2]، والزمانة[3]، والأصبع الزائدة، والناقصة، والسن الساقطة، والسن السوداء[4]، والظفر الأسود.

---

[1] - وادعى سقوط حق المشتري في الرد بالرضاء أو غيره، ويكون القول قول المشتري فيه مع يمينه، كذا في المحيط، ثم عند طلب البائع يمين المشتري يحلف المشتري باتفاق الروايات، فإن نكل ثبت ما ادعاه البائع من رضاه وإبرائه ونحو ذلك، وعند عدم طلبه هل يحلف المشري؟ عامة المشائخ على أنه لا يحلف في ظاهر الرواية، وعن أبي يوسف أنه يحلف وإن لم يطلب البائع، والفتوى على ظاهر الرواية، والصحيح في كيفية تحليف المشتري أن يحلف ما سقط حقك في الرد في الوجه الذي يدعيه لا نصا ولا دلالة (ر: الغياثية: ص/ ١٤٩، والهندية، الفصل الرابع من الباب الثامن ٤٦/٣، ط رحيمية).

[2] - الشلل: فساد في اليد (الصحاح ١٧٣٧/٥) أو اليبس فيها (تاج العروس ٣٩٤/٧).

[3] - الزمانة: العاهة (لسان العرب ١٩٩/١٣)، وفي الصحاح: آفة في الحيوانات (١٣١/٥).

[4] - في (م): "الزائدة".

والصمم[1]، والبكم[2]، والخرس[3]، والقروح، والشجاج[4]، وأثر الجراحة[5]، والأمراض كلها عيب توجب فوات جزء من المبيع من حيث الظاهر دون الباطن، وأما السعال القديم، وانقطاع الحيض في غير أوانه، أو استمراره خارجاً عن العادة، وصهوبة الشعر، والشمط[6]، والشيب في غير أوانه عيب يوجب النقصان من حيث المعنى دون الصورة، الصهوبة في الشعر الحمرة[7]، والشمط اختلاط سواد شعر الرأس ببياضها في غير أوانها.

٥٩٤- إذا اشترى جارية فامتد طهرها، فبمجرد انقطاع الحيض لا يرد مالم تدع ظهور الحبل، أو ارتفاع الحيض، ومعرفة ظهور الحبل تفوض إلى النساء، ومعرفة ارتفاع الحيض تفوض إلى الأطباء، والحبل

---

[1] - في (م): "الصمم واللمم".

[2] - قال ابن الأثير: البكم جمع الأبكم، وهو الذي خلق أخرس (لسان العرب ٥٣/١٢).

[3] - الخرس: ذهب النطق لآفة (معجم لغة الفقهاء: ١٩٤).

[4] - الشجة: الجرح يكون في الوجه والرأس، فلا يكون في غيرهما من الجسم، وجمعها شجاج (لسان العرب ٣٠٤/٢).

[5] - في (م): "أثر القروخ".

[6] - في (ن،ع): "الشحط".

[7] - في الخانية: الصهوبة، وهي لون بين الصفرة والحمرة، يعد عيبا في التركية والهندية، لا في الرومية والصقالية، لأن عامة شعور أهل الروم تكون كذلك (الخانية بهامش الهندية ٢٠٠/٢).

عيب في الجارية دون الدابة[١].

٥٩٥- والإباق[٢]، والبول في الفراش[٣]، والسرقة[٤] عيب في الصغير[٥]. والصغير إذا كان صغيراً يعقل ذلك[٦]، ولا يقاس ما حدث حالة الكبر على حالة الصغر، لأن هذه الأشياء تختلف بالصغر والكبر، بخلاف الجنون[٧]، فإنه[٨] متحد في الحالين، وهو فساد في الباطن مما لا

---

[١] - وفي النصاب: الحمل في البهائم والدواب ليس بعيب، إلا أن يوجب نقصانا بينا، وبه يفتى، كذا في المضمرات (الهندية:٣/ ٣٨، ط رحيمية).

[٢] - الإباق، بالكسر، قال الزيلعي: والأشبه أن البلدة لو كبيرة كالقاهرة، كان عيبا، وإلا لا، بأن كان لا يخفى على أهلها أو بيوتها، فلا يكون عيبا (التبيين ٣٠٢/٤)، ولا بد من تكرره بأن يوجد عند البائع وعند المشتري (ر: رد المحتار ٧٣/٤).

[٣] - لا يرده مالم يعد البول عند المشتري، وهو الصحيح (ر: الخانية بهامش الهندية ٢٠٠/٢).

[٤] - وإن لم يكن عشرة دراهم (جامع الرموز ٣١٥/٣).

[٥] - وفي النسخ الثلاث: "الكبير" والصواب ما كتبناه كما في الهداية.

[٦] - وقيد الصغير في الثلاث جميعا، هذا عيب في الصغير العاقل، وأما الصغير الذي لا يعقل بأن كان لا يأكل وحده، ولا يلبس وحده، ليس بعيب فيه (ر: الهندية ٣٨/٣، ط رحيمية).

[٧] - وفي النسخ الثلاث: "الحيوان" ولعل الصواب ما كتبناه أي الجنون في الصغر عيب أبداً إذ السبب في الحالين، أي في حالة الصغر والكبر متحد وهو فساد الباطن وقلما يزول (انظر للتفصيل الهداية مع فتح القدير ٣٣١/٦، دار الكتب العلمية، بيروت).

[٨] - في (ن،ع): "فإنه" ساقط.

يزول معه، والزنا، وولد الزنا، والبخر[1]، والدفر[2] عيب في الجارية دون الغلام، والكفر عيب فيهما، وكذا النكاح عيب فيهما.

٥٩٦- ولو اطلع على عيب، ثم زال قبل أن يرده بأن كان بياض العين[3] ثم انجلى، أو كان حمى ثم زال بطل خيار العيب، لأن وجود العيب حالة الرد شرط لصحة الفسخ.

٥٩٧- ولو اشترى عبداً على أنه كافر فوجده مسلماً لا يرده عندنا، خلافاً للشافعي رحمه الله[4]، لأن هذا[5] زوال العيب لا[6] عيب.

٥٩٨- وإذا حدث عند المشتري عيب فاطلع على عيب بالمبيع كان عند البائع، فله أن يرجع بنقصان العيب، لأن رد المبيع إضرار في حق البائع، وضرر المشتري ينجبر برد النقصان، إلا أن يرضى البائع أن يأخذه بالعيب الحادث، ومن اشتري ثوباً فقطعه ثم وجد به عيباً يرجع بالنقصان، لأنه امتنع الرد بالقطع، فإنه عيب حادث، وتصرفه فيه لايبطل خياره، بخلاف خيار الشرط والرؤية.

---

[1] - البخر، بالموحدة المفتوحة والخاء المعدمة: هو النتن الناشي من تغير المعدة، دون ما يكون لقلح في الأسنان، فإن ذلك يزول بتنظيفها (فتح القدير ٨/٦).

[2] - الدفر، بفتح المهملة والفاء وسكونها أيضاً: هو نتن الإبط (ر: الدر المختار ورد المحتار ٧٥/٤).

[3] - لفظ "العين" ساقط في (ن).

[4] - ر: تحفة المحتاج ٣٥٨/٤.

[5] - في (ن،ع): "هذا" ساقط.

[6] - حرف "لا" ساقط في (ع).

٥٩٩- ووطء الجارية يمنع الرد عندنا بكراً كانت أو ثيباً، وعند الشافعي رحمه الله إن كانت ثيباً لا يمنع الرد، كالاستخدام عنده[١]، ولو قبل البائع به له ذلك، لأن الامتناع لحقه وقد رضي به، وكذا إذا قطعه[٢] وخاطه ثم اطلع على عيب يرجع بنقصانه، ولكن ليس للبائع أن يأخذه صيانة لحق المشتري فيه، و كذا الصبغ في الثوب، والسمن في السويق[٣]، وإن باعه المشتري {ثم اطلع على عيب لم يرجع بشيء، لأنه صار حابس المبيع ببيعه، وإن باعه المشتري[٤]} بعد ما رأى العيب يرجع

---

[١] - وطء الثيب كالاستخدام (المنهاج مع شرحه تحفة المحتاج ٣٧٨/٤) ولا يمنع الرد الاستخدام (حاشية الشرواني على تحفة المحتاج ٣٨٧/٤، انظر مختصر المزني ص: ٨٣).

[٢] - أي الثوب.

[٣] - في (ن،ع): "السوق"، اعلم أن الزيادة في المبيع إما قبل القبض أو بعده، وكل منهما نوعان: متصلة ومنفصلة، والمتصلة نوعان: متولدة، كسمن وجمال، فلا تمنع الرد قبل القبض، وكذا بعده في ظاهر الرواية، وللمشتري الرجوع بالنقصان، وليس للبائع قبوله عندهما، وعند محمد: له ذلك، وغير متولدة كغرس وبناء وصبغ وخياطة فتمتنع الرد مطلقاً، والمنفصلة نوعان: متولدة كالولد والثمر والأرش، فقبل القبض لا تمنع، فإن شاء ردهما أو رضي بهما بجميع الثمن، وبعد القبض يمتنع الرد، ويرجع بحصة العيب، وغير متولدة، ككسب وغلة وهبة وصدقة، فقبل القبض لا تمنع الرد، فإذا رد فهي للمشتري بلا ثمن عنده ولا تطيب له، وعندهما للبائع ولا تطيب له، وبعد القبض لا تمنع الرد أيضا، وتطيب له الزيادة (رد المحتار ٨١/٣، ط نعمانية).

[٤] - ما بين القوسين ساقط في (ن،ع).

بالنقصان، لأن الرد ممتنع[1] برضاه فلا يكون بالبيع حابساً للمبيع، ولهذا قلنا: لو اشترى ثوباً فقطعه لولده الصغير وخاطه، ثم وجد به عيباً لا يرجع بالنقصان، لأنه زال ملكه قبل الخياطة لصيرورة جعله لولده، فيصير هبة له، ثم يصير قابض الهبة، وكانت الخياطة[2] حصلت بعد تمام الهبة، كما لو وهب لأجنبي وسلمه إليه، ثم اطلع على عيب، ولو كان الولد كبيراً يرجع بالنقصان[3]، لأن الهبة لا تتم إلا بالقبض، وكانت الخياطة حصلت على ملكه[4] والامتناع كان ثابتاً.

وانجلاء البياض[5] من العين ونبات السن لا يمنع الرد.

٦٠٠- ولو مات[6] المبيع ثم اطلع على عيب يرجع بالنقصان {لأن الملك ينتهى به، وكذا إن أعتق المشتري العبد ثم اطلع على عيب يرجع بالنقصان[7]} استحساناً، والتدبير والاستيلاد[8] بمنزلته، وفي قتله[9] المبيع لم

---

[1] - في (ن،ع): "يمتنع".

[2] - في النسخ الثلاث: "كان الخياط"، والصحيح ما كتبناه.

[3] - لأنه لم يصر مسلماً إليه إلا بعد الخياطة فكانت الخياطة على ملكه وكان امتناع الرد بسبب الزيادة التي هي الخياطة قبل إخراجه عن ملكه كذا في فتح القدير ٣٣٨/٦ دار الكتب العلمية.

[4] - في (ن،ع): "على تملكه".

[5] - في (ن،ع): "انجلاء" ساقط.

[6] - في (م): "فات".

[7] - ما بين القوسين ساقط في(ن،ع).

[8] - في النسخ الثلاث: "الاستيلا"، والصيح ما كتبناه.

[9] - وفي النسخ الثلاث: "قبله"، والصحيح ما كتبناه.

يرجع عند أبي حنيفة رحمه الله[1].

٦٠١- إذا باع وشرط البراءة من كل عيب يجوز عندنا، لأن البراءة إسقاط الحق عندنا، وفي الإسقاطات الجهالة لا تفضي إلى المنازعة، وإن كان في ضمنه التمليك لعدم الحاجة إلى التسليم، وعند الشافعي رحمه الله لا يصح[2] بناء على مذهبه أن في الإبراء[3] معنى التمليك، وتمليك المجهول لا يصح حتى يرد[4] بالرد. ويدخل في هذه

---

[1] - أي إذا قتل بسبب كان عند البائع، له أن يسترد الثمن من البائع، ولا يرجع بالنقصان عند الإمام أبي حنيفة خلافا للصاحبين، فعندهما يرجع بما بين قيمته موجبا بالقتل إلى غير موجب به، بأن يقوم مباح الدم وحرام، فيرجع بفضل ما بينهما من الثمن (ر: الخانية بهامش الهندية ٢١٢/٢، والتبيين ٤٣/٤) لأن السبب بمنزلة الاستحقاق عنده، وبمنزلة العيب عندهما (البحرالرائق ٦٥/٦) فبناء عليه إن علم به المشتري وقت الشراء أو وقت القبض يمنع الرجوع مطلقاً عندهما، وعنده لا يمنع بعد العلم به أيضا، قال فخر الإسلام في شرح جامع الصغير: والصحيح أن العلم والجهل سواء، لأنه من قبل الاستحقاق، والعلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع (حاشية الشلبي بهامش التبيين ٤٤/٤٠) وعلم من ذلك ترجيح قول الإمام أيضا، فتأمل.

[2] - ولو باع بشرط برائته من العيوب (قوله فلا يصح) أي الشرط كما هو السياق فله الرد حينئذ (تحفة المحتاج ٣٦٢/٤).

[3] - في (ن،ع): "البراء".

[4] - وفي الهداية: "حتى يرتد بالرد" وفي فتح القدير: أي لو أبرأ من له الدين مديونه فرده المديون لم يبرأ (الهداية مع فتح القدير ٣٦٣/٦، دار الكتب العلمية، بيروت).

البراءة العيب الموجود والحادث قبل القبض[1] عند أبي يوسف رحمه الله، لأن الغرض التزام العقد بإسقاط حقه عن صفة السلامة، وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث جميعاً[2]، وقال محمد: لا يدخل الحادث قبل التسليم، وهو قول زفر رحمه الله، لأن البراءة تتناول الثابت.

٦٠٢- ولو قال: أنا بريء من كل داء، لا يبرأ عن العيب غير داء، لأن الداء داخل في العيب، ولا ينعكس، ولو قال: من كل عيب، يبرأ عن الجميع.

٦٠٣- ومن باع عبداً، فباعه المشتري، ثم رده عليه بعيب، فإن قبل بقضاء القاضي بالبينة أو باليمين، أو أنكر الإقرار فإن ثبت بالبينة له أن يرده على بائعه[3]، لأنه فسخ من الأصل، وإن قبل بغير قضاء القاضي ليس له أن يرده، لأنه بيع جديد في حق الثالث، وهو[4] ثالث.

٦٠٤- ولو اشترى شاة أو بقرة فشرب لبنها، أو باع ثم اطلع على

---

[1] - في (ن،ع): "القبول".

[2] - ذكر قول الثاني مع الإمام في المبسوط وشرح الطحاوي (ر: البحر ٦٦/٦، والهندية، الفصل الخامس من الباب الثامن:٣/ ٥١، ط رحيمية) وفي الخانية: في ظاهرمذهبهما يدخل فيه العيب الموجود وقت العقد، والذي يحدث قبل التسليم، وتصح البراءة عن الكل (الخانية بهامش الهندية ٢١٦/٦).

[3] - وفي الهداية ما يوضحه: ومن باع عبداً فباعه المشتري ثم رد عليه بعيب فإن قبل بقضاء القاضي بإقرار أو بينة أو بإباء يمين له أن يرده على بائعه .... ومعنى القضاء بالإقرار أنه أنكر الإقرار فأثبت بالبينة (الهداية مع فتح القدير ٣٤٤/٦ باب خيار العيب، دار الكتب العلمية).

[4] - أي البائع الأول.

عيب لا يرد العين، ولكن يرجع بالنقصان، فالحاصل أن الذي تولد من عين المبيع إذا هلك في يده يمنع الرد[1] كاللبن والسمن والولد، والذي لا يتولد منه كالكسب والغلة، لا يمنع الرد ويسلم للمشتري، لأنه حصل في يده وضمانه، وما حصل في يده من المبيع لا يكون مبيعاً، بخلاف اللبن وغيره، وإن وجد في الشاة عيباً ثم شرب لبنها أو باع يكون رضاً به، لأنه انتفاع به، وإن وجد الشاة مصراة[2] إن كان اللبن قائماً يردها[3] ويرد اللبن، وإن كان هالكاً لم يردها عندنا، وعند الشافعي رحمه الله يردها ويرد صاعاً من تمر[4].

٦٠٥- وإن وجد في المبيع عيباً، ثم عرضه على البيع يمنع الرد، وإن كان أمره البائع بالعرض[5]، بخلاف ما لو باع ثوباً وقال له[6]: فإن

---

[1] - وإن لم يهلك فلا يمنع الرد في ظاهر الرواية، كذا في الظهيرية، وهو الصحيح، هكذا في فتاوى قاضيخان على هامش الهندية ٢/٢١٢، وراجع الهندية ٣/٤١، ط رحيمية.

[2] - المصراة، بضم الميم وتشديد الراء: اسم مفعول، وهي الشاة ونحوها إذا حبس لبنها في ضرعها، فلم يحلب ليظن من يشتريها أنها كثيرة اللبن (معجم لغة الفقهاء ص: ٤٣٣).

[3] - بل لا يرد الشاة، وهل يرجع بالنقصان؟ فعلى رواية الأسرار لا، وعلى رواية الطحاوي نعم، قال في شرح المجمع: وهو المختار (الدر المختار ورد المحتار ٤/٩٦، ٩٧، ط نعمانية).

[4] - ر: شرح صحيح مسلم للنووي ٢/٢٥، ومختصر المزني ص: ٨٢).

[5] - في (م): "وإن كان من البائع العرض".

[6] - في (ن،ع): "له" ساقط.

قبل الخياط[1] فبها، وإن نفى ردّ عليّ، أعطيك غيره، وبخلاف ما لو قضى دينه زيوفاً، وقال له: أنفقه فإن جاوز، وإلا رد علي فلم يجاوز، له أن يرده استحساناً[2].

٦٠٦- ولو اشترى جارية فوجد بها قرحاً فداواها، أو كانت دابة فركبها في حاجته فهو رضا، بخلاف خيار الشرط حيث لا يبطل خياره بالركوب، لأن الاختبار يحصل بالاستعمال، وإن ركبها ليردها على بائعها، لا يكون رضاً، وكذا إن ركبها ليسقيها، أو ليشتري لها[3] علفاً أو كان حزوماً[4] أو كان العذل لا يكون رضاً.

٦٠٧- ولو اشترى عبدين بصفقة واحدة، فقبض أحدهما ووجد بالآخر عيباً، فهو مخير إن شاء يأخذهما أو يردهما، لأن الصفقة واحدة.

ولو وجد في المقبوض عيباً اختلفوا فيه[5]، فالأصح أنه يأخذهما أو

---

[1] – وفي النسخ الثلاث: "الخياط فإن قبل فبها" ولعل الصواب ما كتبناه.

[2] – رأيت هذه المسألة واضحة صحيحة:" إذا قضاه دراهم زيوفا، فقال للقابض: أنفقها فإن راجت عليك وإلا تردها علي، فقبلها على ذلك فلم ترج عليه، فله أن يردها استحسانا، كذا ذكره في كتاب الصلح من النوازل، كذا في الظهيرية" (الهندية ٤١/٣، ط رحيمية).

[3] – وفي النسخ الثلاث: "بها" والصواب ما كتبناه من الهداية (الهداية مع فتح القدير ٣٥٩/٦، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان).

[4] – في (ن،ع): "حروفا".

[5] – يروى عن أبي يوسف أنه يرده خاصة، والصحيح أنه يأخذهما أو يردهما (الهندية: الفصل الثالث من الباب الثامن ٤٤/٣، ط رحيمية).

يردهما، لأن تمام الصفقة تعلق بقبض كل المبيع.

٦٠٨- وإن قبضهما ثم وجد في أحدهما عيباً، يرد المعيب ويمسك السليم عندنا، كما في الاستحقاق بأحدهما، وقال زفر رحمه الله: يرد الكل، وفي مصراعي الباب، وزوجي[١] الخف ليس له أن يرد المعيب ويمسك السليم بالإجماع[٢].

٦٠٩- الملح في الشحم عيب إذا كان خارجاً عن العادة.

٦١٠- إذا اشترى عبداً فوجده غير مختون، إن كان مولداً كبيراً[٣] فهو عيب، وإلا فلا، ولو اشترى جارية على أنها عذراء[٤] فوجدها ثيباً، فإن ردها وقت ما علم بلا لبث ترد، وإلا فلا.

٦١١- ولو اشترى عبداً على أنه فحل فإذا هو خصي يرده، لأنه عيب، ولو كان علم عكسه لا يرده، لأنه شرط معيباً فوجده سليماً، ولو اشترى جارية مرضعة فوجد بها عيباً، فأمرها بأن ترضع صبياً لا يكون رضاً، لأن هذا استخدام، ولأن الاستخدام لا يكون رضاً.

٦١٢- ومن اشترى بيضاً، أو بطيخاً، أو قثاء[٥]، أو خياراً[٦]، أو

---

[١] - في (ن): "رومى" وفي (ع،م): "روجى".

[٢] - كذا نقل الإجماع في الهندية (٤٤/٣، ط رحيمية).

[٣] - في (ن،ع): "ولدا كبيرا".

[٤] - العذراء البكر، والجمع العذارى، والعذارِي والعذارات (الصحاح ٧٣٨/٢).

[٥] - القثاء: بكسر القاف وضمها: معروف مدتها همزة (لسان العرب) في الصحاح: الخيار، الواحدة قثاءة (١/ ٦٤) وبعض الناس يطلقونه على نوع يشبه الخيار، ويقال: هو أخف من الخيار (تاج العروس ١٠٠/١).

[٦] - في (ن): "خيار" بالرفع، الخيار: القثاء، وليس بعربي (الصحاح ٦٥١/٢)

تفاحاً أو سفرجلاً[١]، أو رماناً فكسره فوجد به عيباً، إن كان لا ينتفع به أصلاً كالقرع[٢] المر، والبيضة المذرة[٣] يرجع بكل الثمن، لأنه ليس بمال، فكان البيع باطلاً، هذا إذا كسره ولم يستهلك {منه شيئا}[٤]، أما إذا استهلك منه شيئاً بعد ما علمه، لا يرجع بشيء، وإن كان ينتفع مع فساده يرجع بالنقصان، ولا يرده عندنا، لأن الكسر عيب حادث، هذا إذا كان[٥] البطيخ واحداً، أما إذا كان كثيراً فوجد فيها عيباً يرد المعيب كما ذكرنا، لأن الفساد من الشجر، وإن كان الفاسد قليلاً، كالواحد والاثنين في المائة جاز البيع استحساناً، لأنه لا يخلو عن قليل، ويخلو عن كثير، وفي الكثير[٦] لا يجوز، لأنه جمع المال وغيره، كبيع الحر مع العبد[٧]، ولا يعتبر في الجوز والبيض صلاحية قشره على ما قيل، لأن ماليته باعتبار اللب،

قال الزبيدي: وقيل: شبه القثاء، وهو الأشبه، كما صرح به غير واحد (تاج العروس ١٩٥/٣).

١ - السفرجل: ثمر معروف، قال أبو حنيفة: كثير في بلاد العرب، والجمع سفارج (تاج العروس ١٩٥/٧).

٢ - القرع: فيه لغتان: اسكان الراء وتحريكها، والأصل التحريك، وهو الذي يؤكل (ر: نفس المصدر ٤٦٢/٥).

٣ - المذر: الفساد، ومنه: مذرت البيضة أي فسدت (لسان العرب ١٦٤/٥).

٤ - ما بين القوسين ساقط في (م).

٥ - في (ن،ع): "هذا إذا كان كثيراً".

٦ - في (ن،ع): "وفي الكبير".

٧ - في الهداية: "وإن كان الفاسد كثيراً، لا يجوز ويرجع بكل الثمن، لأنه جمع بين المال وغيره، فصار كالجمع بين العبد والحر" وهذا أوضح (٢٧/٣).

وعلم المشتري العيب في المبيع قبل الشراء يمنع[1] الرد، لأنه رضا به، وعلمه الاستحقاق فيه لا يمنع الرجوع.

٦١٣- والتراب في الحنطة إن كان خارجاً عن العادة عيب، إن شاء يردها وإن شاء يأخذها، ويرجع بالنقصان، ومن اشترى مكيلاً أو موزوناً فقبض ثم وجد ببعضه عيباً، يرده الكل أو يأخذه، لأنه إذا كان من جنس واحد، فهو كشيء واحد، وقيل: إن كان في وعائين فهو بمنزلة عبدين اشتراهما وقبضهما، ثم وجد بأحدهما عيباً، حيث[2] يرد المعيب خاصة عندنا[3] خلافاً لزفر، كذا هنا، وتفريق الصفقة بعد تمام البيع لا يمنع[4]، ولو استحق[5] بعضه فلا خيار له في رد ما بقي، لأنه [لا][6] يضره

[1] - في (ن،ع): "لا يمنع".

[2] - في (ن،ع): "حيث" ساقط.

[3] - هذا هو أرفق وأقيس، ولذا مشى عليه في شرح الطحاوي، ولكن القول الأظهر كشيء واحد وإن كان في وعائين، وهو الأصح، برهان (ر: الدر المختار ٩٣/٤) وإطلاق محمد في الأصل يدل عليه ، وبه كان يفتي شمس الأئمة السرخسي، كذا في المحيط (الهندية ٤٥/٣، ط رحيمية).

[4] - وزاد في (م): "وتفريق الصفقة فيما قبض أحدهما دون الآخر ثم وجد بأحدهما عيباً".

[5] - فإن كان استحقاقه قبل القبض، خير في القيمي وغيره جميعا، لتفرق الصفقة، وإن كان بعده خير في القيمي لا في غيره، لأن تبعيض القيمي عيب لا المثلي (الدر المختار ورد المحتار، مطلب فيما لا يطلع عليه الخ ٨٩/٤، ط نعمانية).

[6] - ما بين القوسين ساقط من النسخ الثلاث زدناه تصحيحاً للمتن كما في فتاوى النوازل ٣٥٥، والهداية مع فتح القدير ٣٥٧/٦.

التبعيض، والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة.

٦١٤- ولو اشترى بذراً خريفياً فإذا هو ربيعي، أو اشترى بذر البطيخ، فإذا هو من القثاء يرد إن كان باقياً، وإلا يرد مثله.

٦١٥- ولو اشترى شيئاً ثم وجد به عيباً، فخاصم البائع ثم تركه أياماً، ثم خاصم وقال: أمسكت هذه المدة حتى أنظر يزول أم لا، لا يكون رضا.

٦١٦- رجل في يده سلعة معيبة، وهو يعلم بذلك، يجب أن يبينه حتى لا يكون المشتري مغروراً فيه، ولو لم يبينه عند البيع قالوا: يصير فاسقاً مردود الشهادة.

ولا بأس ببيع الحنطة فيها شعير يرى وإن طحنها لا يجوز بيعها إلا أن يبين ذلك.

٦١٧- ولو اشترى دقيقاً فخبز بعضه، ثم علم أنه معيب، يرد ما بقي بحصته من الثمن، و يرجع بنقصان العيب بحصته الذي خبز.

٦١٨- رجل اشترى كتاباً على أنه تأليف محمد، فإذا هو من تأليف الحسن بن زياد، أو من تأليف غيره فالبيع جائز، وله الخيار.

فصل في البيع الفاسد

٦١٩- والفساد نوعان: فساد قوي، وفساد ضعيف، والباطل يكون الفاسد[١] ولا ينعكس، بيع الميتة، والدم، والحر باطل، لانعدام ركن البيع، وهو مبادلة مال بمال، فإن هذه الأشياء لاتعد مالاً عند أحد، فلا يكون محلاً للبيع، سواء كان مبيعاً أو ثمناً، وأما بيع الخمر والخنزير إذا كان بالدين، كالدراهم والدنانير{فالبيع باطل وإذا كان بالعين[٢]} فالبيع فاسد، حتى يملك ما يقابله، وإن كان لا يملك عين الخمر والخنزير.

٦٢٠- وأما بيع الشيء بالخمر والخنزير، بأن اشترى ثوباً بخمر أو خنزير فهو فاسد، لوجود حقيقة البيع، وهو مبادلة مال بمال، فإنه مال عند أهل الذمة إلا أنه غير متقوم عندنا، ولهذا يرثه المسلم من المسلم فيخلل الخمر ويسيب الخنزير، فلما جعلهما ثمناً فالمقصود فيه تملك الثوب بالخمر، فيكون فيه اعزاز الثوب دون الخمر، بخلاف ما إذا جعلهما مبيعاً حيث يكون اعزاز الخمر والخنزير، وقد أمر الشرع بالإهانة، وترك الاعزاز فيهما.

٦٢١- والأصل في البيع المبيع، والثمن تبع له، ألا يرى أن المبيع

---

[١] - كل ما أورث خللاً في ركن البيع فهو مبطل، وما أورثه في غيره كالتسليم والتسلم الواجبين به فهو مفسد (الدر المختار بهامش الرد ١٠٠/٤، ط نعمانية، والعناية مع فتح القدير ٣٦٨/٦، دار الكتب العلمية).

[٢] - ما بين القوسين ساقط في (م).

له وجود بدون الثمن، ولا وجود له بدون المبيع إلا في السلم للضرورة، والمقصود في البيع تملك المبيع المعين، والثمن وسيلة فيه، لما أنه يجب في الذمة، والبيع الفاسد يفيد الملك عندنا عند اتصال القبض لوجود سببه فصار بمنزلة الهبة.

٦٢٢- والأصل فيه أن من ملك المبيع في البيع الجائز بالعقد، يملك في البيع الفاسد بالقبض بأمر البائع، وتجب قيمة الثوب دون الخمر، ويكون المبيع مضموناً في يده عندنا، وعند الشافعي أمانة في يده، لأن سببه محظور فلا يفيد الملك[١]، حتى لو هلك المبيع في يد المشتري، يكون أمانة عند البعض[٢]، لأن العقد غير معتبر، فبقي القبض بإذن المالك، وعند البعض يكون مضموناً[٣] كالمقبوض بسوم الشراء.

٦٢٣- والباطل أعم من الفاسد، ولا ينعكس، وبيع أم الولد والمدبر والمكاتب فاسد، ومعناه باطل، لأنه ثبت استحقاق الحرية فيهم.

٦٢٤- ومتروك التسمية عمداً كالميتة.

٦٢٥- ومن جمع بين حر وعبد، أو[٤] شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما عند أبي حنيفة رحمه الله، لأن قبول العقد في الحر شرط في قبول

---

[١] - ر: المجموع ٤٦٦/٩.

[٢] - في (م): "القبض".

[٣] - قيل: الأول قول الإمام، والثاني قول الصاحبين، والمختار قولهما، وقيل:عليه الفتوى كما في الدرر، وفي القهستاني:وهوالصحيح على ما ذكره السرخسي وحكاه قاضيخان (الدر الملتقى بهامش مجمع الأنهر ٦٥/٢).

[٤] - وفي النسخ الثلاث: "و" والصواب ما كتبناه.

العقد في القن، فيكون بيعاً وشرطاً[1]، ولأن الفساد القوي إذا حصل في صلب العقد فيشيع في الكل عنده، وقالا: إن سمّى لكل واحد منهما ثمناً، جاز في العبد والشاة، وإلا فلا[2].

٦٢٦- وإن جمع بين عبد[3] ومدبر، أو بين عبده وعبد غيره، يصح البيع في العبد بحصته من الثمن عندنا[4]، خلافاً لزفر رحمه الله، لأن الفساد فيه ضعيف، لأنه مجاور[5] فلا يشيع في الكل، لأن بيع المدبر مختلف فيه[6]، وكذا إذا جمع بين عبد وأم ولد،لأن بيع أم الولد يجوزعند

---

[1] - وفي الهداية ما يوضحه: أن الحر لا يدخل تحت العقد أصلاً، لأنه ليس بمال، والبيع صفقة واحدة فكان القبول في الحر شرطاً للبيع في العبد وهذا شرط فاسد (الهداية مع فتح القدير ٤٣٠/٦، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان).

[2] - مبنى الخلاف أن الصفقة لا تتعدد بمجرد تفصيل الثمن، بل لا بد من تكرار لفظ العقد عنده، خلافا لهما، وظاهر النهاية يفيد أنه فاسد (الدر المختار بهامش الرد ١٠٤/٤، ط نعمانية).

[3] - هنا بياض في (ع).

[4] - وهوالأصح (رد المحتار ١٠٤/٤، ط نعمانية)، قال في البزازية: ولو باع ماله ومال غيره صفقة، أفتى ظهير الدين أنه لا يجوز البيع أصلا، والصحيح عدم البطلان في ماله (هامش الهندية ٣٩٨/٤).

[5] - في (ن،م): "مجاوز".

[6] - المراد بالمدبر الذي لا يجوز بيعه المطلق دون المقيد، لأن المقيد يجوز بيعه بالاتفاق (ر: الهداية ٣٤/٣، وفتح القدير ٤٧/٦) المدبر المطلق، هو الذي علق عتقه بالموت من غير تعرض لصفة، كقوله: أنت حر بعد موتي..... والمقيد مثل قوله: إذا قدمت من سفري هذا فأنت حر (العيني ٨٢/٣)

البعض حتى ينفذ بالقضاء[1]، أما بيع المكاتب يجوز برضاه في الأصح[2].

٦٢٧- وإذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بأمر البائع أو بحضرته قبل الافتراق فإنه يملكه[3]، وعن محمد أنه لا يملكه بالقبض حتى يأذن البائع له في القبض، وقيل: يملك منافع المبيع ولزمته قيمته في ذوات القيم، والمثل في ذوات الأمثال، فإذا ملك، هل يملك عينه أم تصرفه[4] قيل[5]: يملك عينه حتى يملك منافع المبيع أيضاً عندنا، خلافاً

فالمطلق بيع باطل (ر: الهداية ٣٤/٣، والتبيين: ٤/ ٤٥)، خلافا للشافعي، فعنده جائز، قال في المجموع: فمذهبنا جواز بيع المدبر..... سواء كان التدبير مطلقا أو مقيدا، هذا مذهبنا (٢٩٢/٩).

[1] - أم الولد: الأمة التي حملت من سيدها وأتت بولد (معجم لغة الفقهاء ص:٨٨)، يجوز بيعها عند بشر، و داود (المجموع ٢٩١/٩، العيني ٨١/٣) فأما نفاذ بيعها بالقضاء فليس مجمعا، قال في الخانية بهامش الهندية (١٤٥/٢): لا ينفذ، وفي البزازية: روايات أظهرها عدم النفاذ (البزازية بهامش الهندية، القضاء، نوع في علمه ١٧٣/٥).

[2] - فيه روايتان، والأظهر الجواز (الهداية ٣٤/٣)، وهو أصح الروايتين (جامع الرموز ٣١٨/٣) قال ابن عابدين الشامي بأن قوله: "ينفذ في المكاتب برضاه في الأصح" أي رضاه وقت البيع، فيكون موقوفا في الابتداء على رضاه، فلو لم يرض كان باطلا (رد المحتار ١٠٣/٤، ط نعمانية).

[3] - استحسانا، كما في الزيادات (الهندية ٧٦/٣، ط رحيمية) ذهب إليه مشايخ بلخ، وهو الأصح، كما في الزاهد وغيره (جامع الرموز ٣٢٣/٣).

[4] - وهو قول مشايخ العراق، عندهم يملك التصرف فيه (ر: العيني ٨٠/٣).

[5] - قال به مشايخ بلخ (ر: نفس المصدر).

للشافعي[1] لوجود ركن البيع من أهله إلى محله فوجب القول بانعقاده. وأما المحظور ما يجاوره، كالبيع وقت النداء، وإنما لا يثبت الملك قبل القبض كيلا يؤدي إلى تقرير الفساد المجاور إذ هو واجب الرفع، ولكل واحد من المتعاقدين فسخه رفعاً للفساد عن نفسه، وهذا قبل القبض ظاهر، لأنه امتناع منه، وكذا بعد القبض إذا كان الفساد في صلب العقد لقوته، وإذا قبض المشتري المبيع بأمر البائع يثبت له الملك، وهو الظاهر[2]، وقيل: إذا قبضه بحضرته ولم ينهه عنه اكتفى دلالة[3] كما قبضه في مجلس العقد فيملكه، ويلزم القيمة[4]، فبقبضه شابه الغصب، ولا يلزم الثمن، لأن في لزومه تقرير[5] الفساد، وهو مأمور بدفعه لقوته، ولو كان الفساد بشرط زائد فالفسخ لمن له الشرط دون من عليه، فإن باعه المشتري من آخر ينفذ بيعه، لأنه ملكه فيملك التصرف، ويسقط حق الاسترداد به لتعلق حق المشتري الثاني، وبطل حق الأول، وهو كان حق الشرع، فيقدم[6] حق العبد على حق الشرع لحاجته، لأن الأول مشروع

---

[1] - ر: رحمة الأمة: ص: ١٧١.

[2] - أي ظاهر الرواية (العيني٣/١١٢).

[3] - وصححه المؤلف في الهداية (٣/٤٧) وأقره العيني (٣/١١٢).

[4] - قال المؤلف في الهداية: قوله: لزمته قيمته في ذوات القيم، فأمـا فـي ذوات الأمثال، يلزمه المثل، لأنه مضمون بنفسه بالقبض فشابه الغصب (٣/ ٤٧).

[5] - في (م): "تقدير".

[6] - وفي الهداية: وسقط حق الاسترداد لتعلق حق العبد بالثاني ونقض الأول لحق الشرع (الهداية مع فتح القدير ٦/٤٢٨، دار الكتب العلمية).

بأصله دون وصفه، والثاني مشروع بأصله ووصفه، فلا يعارضه.

٦٢٨- فالحاصل أن كل شرط يقتضيه العقد، كشرط تسليم المبيع أو الثمن، فالبيع والشرط جائزان، لأن هذا الشرط لا يزيد إلا وكادة[١]، وإن كل شرط لا يقتضيه العقد، وفيه منفعة لأحد المتعاقدين أو المبيع، كشرط الاستخدام أو الإعتاق يفسده[٢]، وكل شرط لا يقتضيه العقد، ولا منفعة لهما فيه، كشرط المشتري المبيع لآخر، فالبيع جائز والشرط باطل[٣].

٦٢٩- وكل شرط مفسد إذا زال قبل تقرر الحكم ينقلب البيع جائزاً، كمن باع فصاً في خاتم، أو جذعاً في سقف، فنزعه وسلمه، فيجوز.

٦٣٠- وإذا باع كرماً وفيه مسجد قديم، لا يجوز بيعه، لأن المسجد لا يدخل تحت البيع، فيكون الفساد قوياً، فيشيع في الكل، ولو كان المسجد خراباً يجوز بيع الكرم، لأنه فساد ضعيف، لأن عند البعض إذا خرب المسجد عاد إلى ملك الواقف أو ورثته[٤].

---

[١] - أي توكيدا.

[٢] - وفي النسخ الثلاث: "يضاهيه" والصواب ما كتبناه كما في الهداية مع فتح القدير ٤٠٦/٦، دار الكتب العلمية.

[٣] - وفي الهندية: إما إن كان شرطاً لا يقتضيه العقد إلا أنه يلائم ذلك العقد، ونعني به أنه يؤكد موجب العقد، كالبيع بشرط أن يعطي المشتري كفيلا بالثمن... جاز البيع استحساناً (ر: الهندية ٧٠/٣، ط رحيمية).

[٤] - والفتوى على قول الشيخين بعدم عوده إلى الواقف أو إلى ورثته، وعليه أكثر المشايخ، وهو الأوجه (ر: رد المحتار، الوقف، مطلب لو خرب المسجد أو غيره ٣٧١/٣) فبناء على هذا ينبغي أن لا يجوز بيع الكرم فيه مسجد خراب، إلا أنه صار مجتهدا فيه كالمدبر، لما يجوز بيع المسجد الخراب في

٦٣١- بيع الثمار على الأشجار قبل الإدراك وبعده يجوز سواء كان منتفعاً به في الحال أو لم يكن، وهو الأصح، وعلى المشتري قطعها في الحال تفريغاً لملك البائع، هذا إذا اشتراها مطلقاً، أو شرط القطع، وإن شرط تركها على النخل فسد البيع، لأنه شرط لا يقتضيه العقد، وهو شغل لملك الغير، وبه ينتفع أحد المتعاقدين، وهو صفقة في صفقة، وهو إعارة أو إجارة في بيع، وقال محمد رحمه الله: إذا تناهى عظمها ولم يبق إلا النضج، يجوز استحساناً، وكذا بيع الزرع بشرط الترك فاسد، لما قلنا، وكذا أوراق التوت بشرط الترك، هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وعند محمد رحمه الله لا يفسد استحساناً بشرط الترك فيه للعادة[١]، بخلاف ما إذا لم يتناهى عظمها حيث يفسد بشرط الترك بالاتفاق كبيع اللبن في الضرع، والصوف على[٢] ظهر الغنم، وإن اشتراها مطلقاً وتركها بإذن البائع طاب له بما زاد، وإن[٣] تركها بغير إذنه يتصدق بما زاد، وإن تركها بعد ما تناهى لم يتصدق بشيء، لأن

أحد القولين، فيصح بيع ماضم إليه لا المسجد في الأصح (ر: نفس المصدر ١٠٤/٤، ط نعمانية).

١ - وفي الأسرار أن الفتوى على قوله، كذا في الكافي، وفي التحفة الصحيح قولهما، كذا في النهر الفائق (الهندية ٥٧/٣، ط رحيمية) إني أرى أن يفتى بقول محمد، لأن الشرط المفسد هو الذي لم يجر به العرف (ر: الدر المختار بهامش الرد ١٢١/٤، ط نعمانية).

٢ - في (ن،ع): "على" ساقط.

٣ - في (ن،ع): "وإن" ساقط.

بهذا لم تتغير ذاته ولا يزداد.

٦٣٢- ولو استأجر النخيل بعد ما اشتراها إلى وقت الإدراك طاب له الفضل، أو أخذها معاملة بجزءٍ قليل يجوز.

٦٣٣- ولو استأجر الأرض بعد ما اشترى الزرع إلى أن يدرك الزرع حيث لا يطيب الفضل، لأن الإجارة فاسدة للجهالة، والإجارة وقعت في صفقة البيع، بخلاف ما استأجر أرضاً للزراعة بمدة معلومة، فمضت المدة ولم يدرك الزرع حيث تبقى الإجارة إلى أن يدرك بأجر المثل.

٦٣٤- ولو اشترى تبناً موجوداً على الشجر ثم خرج آخر يفسد البيع، ولو اشترى باذنجاناً[١]، أو بطيخاً إن اشتراه بالأصول، طاب له الحادث، وإلا فلا.

٦٣٥- ولو اشترى ثمرة فأصابتها آفة قبل {قبض المشتري فهو هلك من مال البائع، فالحاصل أن هلاك المبيع قبل}[٢] القبض بآفة سماوية، أو بفعل البائع، أو بفعل المبيع، يبطل البيع، وإن هلك بفعل المشتري، فعليه قيمته، وإن هلك بفعل الأجنبي، كان المشتري بالخيار، إن شاء فسخ البيع وإن شاء ضمنه، ولو هلك المبيع من غير آفة يبطل البيع عندنا.

٦٣٦- ولو اشترى أرضاً على أن خراجها على البائع، فالبيع

---

[١] - الباذنجان: ثمر أسود أو أبيض، مستطيل أو مكور (المعجم الوسيط: ٣٦).

[٢] - ما بين القوسين ساقط في (ن،ع).

فاسد، وكذا لو باع على أنها ليس بخراجي، ثم تبين أنها خراجي، وإن شرط عليه زيادة الخراج فالبيع جائز، ولو اشترى أرضاً على أن خراجها كذا فوجده أكثر من ذلك[١]، له أن يردها، وإن لم يعلم المشتري بذلك، ثم علم أنها خراجي، فله الخيار.

٦٣٧- وإذا اشترى جارية فإذا هو غلام فلا بيع بينهما، لأن الذكر والأنثى من بني آدم جنسان، كالخل مع الدبس للتفاوت في الأغراض تفاوتاً فاحشاً، بخلاف ما إذا اشترى كبشا فإذا هي نعجة حيث ينعقد البيع ويتخير المشتري، لأن الذكر والأنثى في الحيوان جنس واحد في [عدم][٢] التفاوت في الأغراض، كما لو اشترى شاة فإذا هي معز، يثبت له الخيار[٣].

٦٣٨- ومن اشترى جارية بشرط أن يطأها المشتري، يفسد البيع عند أبي حنيفة رحمه الله، لأن فيه نفعاً للبائع، إذ الوطي يمنع الرد بالعيب، وإن اشتراها[٤] بشرط أن لا يطأها المشتري، يفسد البيع عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، لأنه شرط لا يقتضيه العقد، وفيه نفع للبائع[٥]، و كذا لو

---

[١] - إن كانت الزيادة شيئا يعده الناس عيبا، فله الرد (الهندية ٧٣/٣، ط رحيمية).

[٢] - ما بين القوسين ساقط من النسخ الثلاث زدناه تصحيحاً للمتن.

[٣] - ذكر المؤلف أصلا في هذا الصدد في الهداية:" الإشارة مع التسمية إذا اجتمعا، ففي مختلفى الجنس يتعلق العقد بالمسمى، وفي متحدي الجنس يتعلق بالمشار إليه، وينعقد لوجوده" (٤٠/٣).

[٤] - في (ن،ع): "وإن اشتراها" ساقط.

[٥] - وعند محمد يجوز في الوجهين، وهو الصحيح، كذا في محيط السرخسي (الهندية ٧١/٣، ط رحيمية).

باع عبداً على أن يعتقه المشتري أو يدبره أو يكاتبه.

٦٣٩- فالحاصل أن كل شرط لا يقتضيه البيع[١]، وفيه نفع لأحد المتعاقدين، أو للمعقود عليه يفسد البيع ، ولو لم يكن نفع لأحد لا يفسد في ظاهر الرواية، كمن باع دابة بشرط أن يبيعها، لأنه لا يؤدي[٢] إلى المنازعة، والشافعي يخالفنا في العتق[٣] ويقيسه على بيع العبد، والحجة عليه ما ذكرناه[٤]، وتفسيره يجيء في آخر الكتاب.

٦٤٠- رجل[٥] باع داراً ولم يبين حدودها، إن عرف البائع والمشتري جميع المبيع جاز البيع، ويجوز بيع الطريق وهبته وإجارته، لأن الطريق معلوم طوله وعرضه، ولا يجوز بيع مسيل الماء ولا هبته للجهالة، وأما بيع الممر[٦] أي حق المرور في رواية يجوز كالطريق،

---

[١] - في (ن،ع): "البيع" ساقط.

[٢] - في (م): "لا" ساقط.

[٣] - أن يبيع عبدا أو أمة بشرط أن يعتقه المشتري، ففيه ثلاثة أقوال: الصحيح المشهور الذي نص عليه الشافعي في معظم كتبه وقطع به المصنف وأكثر الأصحاب أن البيع صحيح والشرط لازم، يلزم الوفاء به (المجموع ٩/٤٤٧، ٤٤٨).

[٤] - ولم يذكره المؤلف، إلا أنه ساق في الهداية (٣/٤٣) حديثا، وهو حجة عليه: أن النبي -ﷺ- "نهى عن بيع وشرط" رواه الطبراني في معجمه الوسيط (نصب الراية ٤/١١٧).

[٥] - في (ن،ع): "رجل" ساقط.

[٦] - في (ن،ع): "المسمى" مكان" الممر".

وفي رواية لا يجوز[1] كبيع المسيل، ويدخل في الإجارة والقسمة حق المرور، والشرب، والطريق وإن لم يسم، ولا يدخل في البيع[2]، والإقرار، والوصية مالم يسم[3].

٦٤١- ولا يجوز بيع المرعى[4]، ولا يجوز إجارتها، والمراد به الكلأ[5]،

---

[1] - وصح إذا كان حق المرور في أرضه ويدخل في البيع بلا تنصيص تبعا للأرض، وإذا كان حق المرور في أرضه إلى أرضه، قالوا: لا يدخل إلا بذكره، أو بذكر كل حق لها، هذا إذا كان بيعه مع الأرض، وأما بيعه وحده، فيه روايتان: الأولى: لا يجوز، صححه أبو الليث، والأخرى: يجوز، وبه أخذ عامة المشائخ، قال السائحاني: وهو الصحيح، وعليه الفتوى، مضمرات (ر: الدر المختار مع الرد ١١٨/٤، ط نعمانية).

[2] - في (م): "المبيع".

[3] - الطرق ثلاثة: طريق إلى الطريق الأعظم، وطريق إلى سكة غير نافذة، وطريق خاص في ملك إنسان، فالأخير لا يدخل في البيع بلا ذكره أو ذكره الحقوق أو المرافق، والأولان يدخلان بلا ذكر (رد المحتار ١١٧/٤، ط نعمانية).

[4] - وهذا إذا نبت بنفسه، والنهي في الحديث محمول عليه، وإن أنبته صاحب الأرض بسقي وتربية، فاختلفت فيه الروايات، ذكر في المحيط والذخيرة والنوازل أن صاحبه يملكه وجاز بيعه، وهو مختار الصدر الشهيد، وعليه أكثر المشايخ، ونقله الإمام التمرتاشي والإسبيجابي عن المتأخرين، وقيل: لا يجوز، وهو اختيار القدوري (ر: العيني ٩٠/٣، وفتح القدير والعناية ٥٦/٦، ٥٧، والدر المختار مع الرد ١١٠/٤، ط نعمانية).

[5] - الكلأ واحد الأكلأ، وهو كل ما رعته الدواب من الرطب واليابس، كذا في المغرب، وروي عن محمد أن الكلأ ما ليس له ساق من الحشيش، قيل: ماله ساق وما ليس له ساق فهو كلأ (العيني ٩٠/٣).

والكلأ مشترك بالحديث[1]، فلا يجوز بيعه[2].

٦٤٢- وأما الإجارة فلأنها وردت[3] على استهلاك العين، وأنه لا تجوز.

٦٤٣- ولا يجوز بيع الآبق[4] إلا إذا غلب على ظنه أنه عند المشتري، ولو قال المشتري: هو عند فلان فبعه مني، فباعه لا يجوز، لأنه آبق في حق المتعاقدين.

٦٤٤- ويجوز بيع الحمام إذا علم عددها وأمكن تسليمها، ولو باع مع برجها إن كان نهاراً، أو بعضهم خارج منه لا يجوز ، إلا إذا اجتمع بالليل، ولا يجوز بيع النحل لأنه من الهوام، وقال محمد رحمه الله: يجوز[5] وهو قول الشافعي[6]، لأنه حيوان منتفع به.

٦٤٥- ولا يجوز بيع دود القز ولا بيضه عند أبي حنيفة رحمه

---

[1] - أخرج ابن ماجه في سننه عن أبي هريرة أن النبي -ﷺ- قال: "ثلاث لا يمنعن: الماء والكلأ والنار" (الرهون، باب المسلمون شركاء في ثلاث ١٧٨/٢).

[2] - أي إذا كان غير محرز(ر: العيني ٩٠/٣).

[3] - في (ن،ع): "وأما الإجارة ورد" الخ.

[4] - الآبق:هو المملوك الذي يفر من مالكه قصدا (التعريفات ص: ١٧).

[5] - أي إذا كان محرزا أو مجموعا (جامع الرموز ٣٢٠/٣)، وبه يفتى (الدر المختار بهامش الرد ١١١/٤، ط: نعمانية).

[6] - وكذلك القرد والفيل والهرة ودود القز والنحل، فكل هذا وشبهه يصح بيعه بلا خلاف، لأنه منتفع به (المجموع ٢٨٦/٩).

الله، وعند أبي يوسف رحمه الله يجوز مع القز، وعند محمد رحمه الله يجوز كيف ما كان[1].

٦٤٦- الكافر إذا اشترى عبداً مسلماً أو مصحفاً، صح الشراء عندنا، خلافاً للشافعي رحمه الله[2]، ولكن يجبر على البيع.

٦٤٧- ولا بأس ببيع من يزيد، وهو بيع الفقراء، وهو مخصوص عن الأسيام المكروهة[3].

٦٤٨- ولا يجوز بيع لبن امرأة في قدح عندنا، حرة كانت أو أمة، لأنه [جزء الآدمي][4]، والآدمي مكرم بجميع أجزائه، وقال الشافعي رحمه الله: يجوز بيعه[5]، لأنه منتفع به، وعن أبي يوسف رحمه الله يجوز بيع لبن الأمة، لأنه يرد البيع عليها، فيرد على أجزائها[6].

---

[1] - والفتوى على قول محمد (جامع الرموز ٣٢١/٣)، ونقل القهستاني قول أبي يوسف مع محمد في جواز بيع بيضته (ر: نفس المصدر).

[2] - لا يجوز بيع المصحف ولا العبد المسلم من الكافر، هذا هوالأصح من القولين عند الشافعي (ر: المجموع ٤٣٤/٩).

[3] - وفي النسخ الثلاث: "الاستثناء المكروه" ولعل الصواب ما كتبناه من فتاوى النوازل.

[4] - وفي النسخ الثلاث: "حر" ولعل الصواب ما كتبناه من فتاوى النوازل لأبي الليث ص: ٣٥٩، والهداية مع الفتح ٣٨٩/٦، ط دار الكتب العلمية بيروت.

[5] - بيع لبن الآدميات جائز عندنا، لا كراهة فيه، هذا هو المذهب (المجموع ٣٠٤/٩، الارشاد).

[6] - ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة والأمة في عدم الجواز (ر: الهداية ٩٣/٣، والدر المختار مع الرد ١١٣/٤، ط نعمانية).

٦٤٩- ولو اجتمعت السمك في موضع وسد المدخل، لا يجوز بيعه قبل أخذه لعدم ملكه، ولو أخذه ثم ألقاه في موضع، إن كان يمكن أخذه {من غير حيلة يجوز بيعه، لأنه ملكه ومقدور التسليم[١]}، وإن كان لا يمكن أخذه إلا بحيلة لا يجوز بيعه، لأنه غير مقدور التسليم[٢]، وكذا الحكم في الصيود.

٦٥٠- ومن باع ملك غيره بغير إذنه فمالكه بالخيار، إن شاء أجاز البيع، وإن شاء فسخه، وبيع الفضولي ينعقد ويتوقف على الإجازة عندنا، خلافاً للشافعي رحمه الله، لأن الإجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة، ولأن المالك لا يتضرر بالانعقاد مع تخييره، وشراء الفضولي لا يتوقف، وهذا على وجهين: إما أن يبيعه بثمن عين كالعروض أو بثمن دين كالدراهم والدنانير والمكيل والموزون، فإن باع بثمن عين يشترط فيه عند الإجازة قيام البائع والمشتري والمالك والمبيع، وقيام العروض في يد المشتري، فإن أجاز البيع عند وجود هذه الجملة يجوز البيع، ولا تصح الإجازة بدون هذه الجملة، وهذه إجازة بعد الإجازة عقد، حتى يكون العروض للبائع، وللمالك أن يرجع على البائع[٣] بقيمة ماله، إن كان ماله من ذوات القيم، وإن كان مثليا يرجع عليه[٤] بمثله.

---

١ - ما بين القوسين ساقط في(ن،ع).

٢ - وإن كان يمكن أخذه بدون حيلة صح، وله خيار الرؤية (الدر المختار بهامش الرد ١٠٦/٤، ط: نعمانية).

٣ - لفظ "البائع" ساقط في (م).

٤ - في (ن،ع): "عليه" ساقط.

٦٥١- ولو هلك العروض في يد البائع قبل الإجازة بطل البيع، ويضمن البائع[١] للمشتري مثله إن كان مثلياً، وإلا قيمته، وكذا إن تصرف فيه بإذن المشتري، {وتصرف المشتري}[٢] في المبيع قبل الإجازة لا يجوز بكل حال، وإن باعه بثمن دين فيشترط فيه {قيام الأربع الأول، لا يشترط فيه[٣]} قيام الثاني في يد المشتري، فإن أجاز هاتين[٤] الحالتين جاز البيع، ويكون الثمن للمالك، وإن هلك[٥] في يد البائع هلك أمانة، ولكل واحد من المتعاقدين فسخه قبل الإجازة، فإن مات المالك قبل الإجازة بطل البيع، وإن هلك المبيع قبل التسليم إلى المشتري لا سبيل على المشتري له، ولو هلك بعد التسليم، فالمالك بالخيار إن شاء ضمن البائع، وإن شاء ضمن المشتري، فإن ضمن البائع، إن كان هو قبض[٦] المبيع، نفذ البيع بين المتعاقدين، وعن محمد رحمه الله أن البيع ينقلب جائزاً بتضمين[٧] البائع، وقيل: هذا محمول على أنه إذا سلم المبيع أولاً حتى صار مضموناً عليه، ثم عقد البيع، وإن ضمن المشتري بطل البيع، والمشتري يرجع على بائعه بالثمن، ولا يرجع بما ضمن وهو القيمة.

---

[١] - سقط "البائع" في (م).

[٢] - عبارة القوسين ساقطة في (م).

[٣] - عبارة القوسين ساقطة في (م).

[٤] - في النسخ الثلاث: "هذه".

[٥] - في (م): "وهب" مكان " هلك".

[٦] - في النسخ الثلاث: "قبضت".

[٧] - في (م): "بتضمن".

٦٥٢- شراء ما باع ممن باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن[١] لا يجوز عندنا، وقال الشافعي رحمه الله: يجوز[٢]، لأنه قد تم الملك للمشتري بقبض المبيع، ثم بيعه من غيره يجوز، فكذا منه، ولو باع بمثل القيمة أو بالزيادة أو بالعروض يجوز، فكذا منه {بأقل مما باع}، ولنا حديث عائشة رضي الله عنها أنها قالت لامرأة: أبلغي زيد بن أرقم[٣] إن الله تعالى أبطل حجه وجهاده إن لم يتب منه، وكان اشترى جارية بأقل مما باعها منه[٤]، ولأن الثمن دخل في ضمانه، فإذا وصل إليه مبيعه

---

[١] - أي الأول كله أو بعضه، سواء كان الشراء من البائع، أو ممن قام مقامه، كالوارث، وسواء كان البيع لنفسه أو لغيره بالوكالة، لأن بين الثمنين شبهة المقابلة، وهي مثبتة لشبهة الربا، والشبهة في الحرمات كالحقيقة (ر: جامع الرموز ٣/٣٢١).

[٢] - ر: مختصر المزني ص: ٨٥.

[٣] - هو زيد بن أرقم بن زيد بن قيس بن النعمان بن مالك بن الأغر بن ثعلبة بن كعب بن الخزرج الأنصاري، صحابي، غزا مع رسول الله -ﷺ- سبع عشرة غزوة، وشهد صفين مع على، ومات بالكوفة سنة ٦٨هـ/ ٦٨٧م، روى عن النبي -ﷺ- وعن علي، وعنه أنس وأبو عثمان النهدي وطاؤس وغيرهم، له في كتب الحديث (٧٠) حديثا (ر: تهذيب التهذيب ٣/٣٩٤، ٣٩٥، وخزانة البغدادي ١/٣٦٣، والأعلام للزركلي ٣/٥٦).

[٤] - غريب بهذا اللفظ أخرجه أحمد في مسنده، والبيهقي في سننه (باب الرجل يبيع الشيء إلى أجل الخ (٥/٣٣٠)، عن أبي اسحاق السبيعي عن امرأته أنها دخلت على عائشة هي، وأم ولد زيد بن أرقم، فقالت أم ولد زيد لعائشة: إني بعت من زيد غلاما بثمان مائة درهم نسيئة، واشتريت بستمائة نقدا، فقالت:

وقعت المقاصة بينهما، وبقي الباقي فضلاً بلا عوض، ولو اشترى وكيل له بأقل مما باع يجوز عند القبض.

أبلغي زيدا أن قد أبطلت جهادك مع رسول الله -ﷺ- إلا أن تتوب، بئس ما اشتريت، وبئس ماشريت، قال في التنقيح: هذا إسناد جيد، وقواه الزيلعي (نصب الراية ٤/١٦).

[فصل في كراهية البيع][1]

٦٥٣- ويكره التفريق بالبيع والهبة بين مملوكين صغيرين، أحدهما ذو رحم محرم من الآخر، وكذا إذا كان أحدهما كبيراً[2]، لأن الصغير يستأنس بالصغير، والكبير يقوم بحضانته، وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لايجوز البيع في قرابة الولاد، وعنه أيضاً لا يجوز البيع في جميع ذلك،[3] وإن كان أحدهما ملكه، والآخر ملك ابنه الصغير[4]، أو جنى أحدهما جناية فدفع إلى ولي الجناية، أو صار أحدهما بحال لا يجوز بيعه، أو لحقه دين فبيع فيه، أو رد أحدهما بالعيب، لا يكره التفريق، لأن المستحق دفع الضرر لا الإضرار.

٦٥٤- ولو باع جارية وشرط الخيار لنفسه، ثم ملك ولدها

---

[1] – هذا العنوان ليس في النسخ الثلاث.

[2] – إلا إذا كان التفريق بحق مستحق يجوز، كدفع أحدهما بالجناية وبيعه بالدين ورده بالعيب، لأن المنظور إليه دفع الضرر عن غيره لا الإضرار به (الهداية ٥٢/٣، انظر البحر ١٠٠/٦).

[3] – والأول قول الطرفين، ولم أرترجيحا لأحد من علمائنا، إلا أنه من أصول الترجيح والإفتاء أنه إذا وافق الإمام أباحنيفة أحدهما يفتى به ولا يعدل عنه (ر: رسم المفتي ص:٧٠)، ولا كراهية بعد البلوغ (البزازية بهامش الهندية ٥١٩/٤).

[4] – أي لو كان أحد الصغيرين له والآخر لغيره لا بأس ببيع واحد منهما (انظر: الهداية مع فتح القدير ٤٤١/٦، دار الكتب العلمية).

الصغير[1]، يكره له أن يجيز[2] البيع في الجارية.

٦٥٥- ولا يكره التفريق بين الزوجين، لأن النص ورد فيه بخلاف القياس، فاقتصر على مورده، والنص[3] ورد بين والدة وولدها بعلة القرابة المحرمية، {فيسري إلى جميع القرابة المحرمية[4]}.

٦٥٦- ولو كانت[5] مع الصغير أم وخالة أو عمة لا بأس بأن يمسك الأم معه ويبيع الباقي[6]، لأن شفقة الأم تغنيه عمن سواها، ولو كان معه عمة وخالة لا يفرق، لأن الجهة مختلفة، بخلاف ما إذا كان له عمتان وخالتان، فلا بأس بأن يبيع إحداهما، ولو كان معه جدة وعمة أو خالة، يمسك الجدة معه، ولو كان معه ثلاث أخوات متفرقات يمسك الأخت لأب وأم معه[7].

---

[1] - في (ن،ع): "الصغير" ساقط.

[2] - في (م): "أن يخبر".

[3] - أخرج الترمذي عن أبي أيوب قال: سمعت رسول الله -ﷺ- يقول: "من فرق بين والدة وولدها، فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة"، وقال: هذا حديث حسن (البيوع، باب كراهية أن يفرق بين الأخوين أو بين الوالدة وولدها في البيع ٢٤١/٢).

[4] - ما بين القوسين ساقط في (م).

[5] - في النسخ الثلاث: "كان" والصواب ما كتبناه.

[6] - في ظاهر الرواية، وهو الصحيح (رد المحتار ١٣٤/٤، ط نعمانية).

[7] - فإن فرق في موضع المنع، كره وجاز (البحر ١٠٠/٦، وانظر التبيين ٦٩/٤)، وقال ابن الهمام في فتح القدير (٤٤٧/٦ ط بيروت): الأصل أنه إذا كان معه عدد أحدهم أبعد جاز بيعه وإن كانوا في درجة، فإن كانوا من

٦٥٧- ويكره البيع عند أذان الجمعة لإطلاق النص[1]، ولكن ينعقد مع الكراهة، لأن الفساد لا في صلب العقد ولا في شرطه[2]، وإنما هو لمعنى خارج عنه.

جنسين مختلفين كالأب والأم والخالة والعمة لا يفرق، ولكن يباع الكل أو يمسك الكل، وإن كانوا من جنس واحد كالأخوين والعمين والخالين جاز أن يمسك مع الصغير أحدهما ويبيع ما سواه.

[1] - وهو قوله تعالى: ﴿وإذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله وذروا البيع﴾ (الجمعة:٩).

[2] - في (ن،ع): "ولا في شرط".

فصل في الإقالة

٦٥٨- الإقالة في اللغة: الرفع، وفي الشرع: رفع العقد، وهي جائزة في البيع بمثل الثمن الأول، والبيع[١] مما يقبل الفسخ، بخلاف النكاح، لقوله عليه السلام:" من أقال نادما بيعته أقال الله عثرته يوم القيامة[٢]".

٦٥٩- وهي فسخ في حق المتعاقدين، ولهذا لا يحتاج إلى لفظ البيع، ولو اشترى مكيلاً أو موزوناً ثم تقايلا، لا يحتاج إلى إعادة الكيل والوزن فيه، ولا يصح الخيار فيها، ولا يبطل بالشروط، لأن الشرط الفاسد في معنى الربا يفسد البيع دون الإقالة، ولأن البيع الفاسد يوجب أن يرجع كل واحد منهما إلى رأس ماله، وهذا المعنى موجود في الإقالة، وبيع جديد في حق غيرهما حتى يجب الاستبراء على البائع بعد ما أقاله، والاستبراء حق الشرع.

٦٦٠- ويجب حق الشفعة فيها[٣] كما في البيع، وترد بالعيب، وهذا

---

[١] - في (ن): "المبيع" محل "البيع".

[٢] - أخرج أبوداود عن أبي هريرة بلفظ: قال، قال رسول الله -ﷺ-: "من أقال مسلماً أقاله الله عثرته" (البيوع، باب فضل الإقالة ٤٩٠/٢) زاد ابن ماجه: "يوم القيامة" (أبواب التجارات، باب الإقالة ١٥٩/١) وفي المستدرك: "أقال الله" بإسقاط الهاء المهملة، وقال: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين، ولم يخرجاه (البيوع ٥٢/٢) وعنه عند البيهقي: "من أقال نادما" (البيوع، باب من أقال المسلم إليه الخ ٢٧/٦) ولم يكن "بيعته" في رواية.

[٣] - في (ن،ع): "فيها" ساقط.

عند أبي حنيفة رحمه الله[1].

٦٦١- وقبول الإقالة يقتصر على المجلس كما في البيع، رجل له على آخر دين مؤجل، ثم اشترى من المديون شيئاً وقبضه ثم تقايلا لا يعود الأجل، لأنه بيع جديد في حق غيرهما، ولو رد المعيب بالعيب بقضاء القاضي يعود الأجل لأنه فسخ، فإن شرطا أقل من الثمن أو أكثر فالإقالة على الثمن الأول والشرط باطل، إلا إذا حدث فيه عيب يجوز الحطّ من الثمن بمقابلته، وإن زاد فيه شيئاً بأن ولدت ولداً لا تصح الإقالة بالثمن الأول.

٦٦٢- ومن باع شيئاً من آخر فقبضه الآخر ثم تقايلا، فهلك المبيع في يده قبل الرد إلى البائع بطلت الإقالة، ويبقى البيع على حاله عندنا، وعند زفر رحمه الله يبطل البيع ويجب على المشتري قيمة المبيع.

٦٦٣- وهلاك المبيع يمنع صحة الإقالة، وهلاك الثمن لا يمنع صحتها، لأن رفع البيع يستدعي قيامه، وهو قائم بالمبيع دون الثمن، حتى لو هلك المبيع قبل القبض يبطل البيع، ولا يبطل بهلاك الثمن، وإذا هلك بعض المبيع جازت الإقالة في الباقي اعتباراً للبعض بالكل، وفي المقايضة تجوز الإقالة بعد هلاك[2] أحدهما، لأن كل واحد منهما مبيع[3]، والله أعلم.

---

[1] - وحاصله هي فسخ في حق المتعاقدين، وبيع جديد في حق غيرهما، إلا أن يمكن جعلهما فسخا فتبطل، وأصل أبي يوسف أنها بيع في حق الكل، إلا أن لا يمكن فيجعل فسخا، وإذا لا يمكن جعله فسخا فتبطل (ر: الهندية ٨٠/٣، ط رحيميه، وجامع الرموز ٣٢٥/٣).

[2] - في (ن،ع): "بعد هلاك" ساقط.

[3] - في (ن): "ببيع" وفي (ع): "بيع".

باب المرابحة والتولية

٦٦٤- اعلم أن البياعات بالإضافة إلى ذكر الثمن أربعة أقسام:

منها: المساومة: وهي التي لا يذكر [فيها][١] الثمن الأول.

ومنها: بيع الوضيعة: وهي التي بيع بأقل من الثمن الأول.

ومنها: المرابحة: وهي التي بيع بأكثر من الثمن الأول.

ومنها: التولية: وهي التي بيع بمثل الثمن الأول.

٦٦٥- ومبنى المرابحة والتولية على الأمانة والاحتراز عن الخيانة، وعن شبهتها، حتى لو اشترى شيئاً مؤجلاً لم يجز له أن يبيعه مرابحة إلا إذا بين الأجل، وكذا إذا اشترى شيئاً بثمن معلوم ممن لا تقبل شهادته لم يجز له أن يبيعه مرابحة ولا تولية من غير بيان للتهمة فيه عند أبي حنيفة رحمه الله[٢].

٦٦٦- ولا تتحقق المرابحة والتولية إلا أن يكون العوض مما له مثل، كالدراهم والدنانير والمكيل والموزون، حتى تظهر فيها الخيانة،

---

[١] – ما بين القوسين ساقط من النسخ الثلاث وزدناه تصحيحاً للمتن.

[٢] – في (ن،م): "أبي يوسف" وفي (ع): "أبي حنيفة" وهو الصواب، كما في العين (١٣٣/٣)، والبحر (١١١/٦)، ومجمع الأنهر (٧٧/٢) وهم نقلوا قول أبي يوسف مع محمد أي خالفا الإمام الأعظم فيما عدا العبد المديون والمكاتب في مسألة الكتاب وغيرها، والظاهر قول الإمام كما يفيده كلام ابن نجيم المصري (البحر ١١/٦).

ولو[1] لم يكن له مثل لو ملك المبيع يملك بالقيمة وهي مجهولة، لأنها تعرف بالحرز والظن فتمكنت فيه شبهة الخيانة.

٦٦٧- وكل ما يوجب المثل في الاستهلاك تجري فيه المرابحة والتولية.

٦٦٨- رجل اشترى ثوباً بعشرة دراهم، فأعطاه عنها داراً، ثم يريد أن يبيعه مرابحة لزمه أن يبيعه على عشرة لا ما أعطاه، لأنه ملكه بالعشرة.

٦٦٩- أجرة سوق الغنم يضاف إلى رأس المال، فهو بمنزلة حمل الطعام، وأجرة الراعي، وأجرة البيت الذي يحفظ فيه المتاع لا يضاف إليه، لأنه لا يزيد في العين شيء به، وكذا لا يضاف أجرة المعلم إليه، لأن الزيادة حصلت فيه بحذاقة المبيع، والأصل فيه أن كل ما يزيد في العين المبيع أو قيمته يلحق برأس المال، وإلا فلا[2].

٦٧٠- رجل اشترى جارية، فوطئها إن كانت بكراً لزمه أن يثبته عند المرابحة، وإن كانت ثيباً لم يلزمه أن يثبته، لأن البكارة جزء من العين يقابلها شيء من الثمن، بخلاف الثيابة.

---

[1] – "لو" ساقط في (ن،ع).

[2] – واعتمد العيني وغيره عادة التجار بالضم، فبناء عليه يضم وإن كان لا يزيد في المبيع أو في قيمته، قال الحصكفي: هذا هو الأصل كما علمت، فليكن المعول عليه كما يفيده كلام الكمال، كذلك يفيده قول ابن عابدين الشامي والقهستاني (ر: الدر المختار مع الرد ١٥٥/٤، ط نعمانية، وجامع الرموز ٣٢٦/٣).

٦٧١- وإن اطلع المشتري على خيانة في المرابحة فهو بالخيار عند أبي حنيفة رحمه الله، إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء تركه، وإن اطلع على خيانة في التولية أسقطها من الثمن، وقال أبويوسف رحمه الله: يحط فيهما، وقال محمد رحمه الله: لا يحط فيهما، لأنهما نصا على هذا الثمن ورضيا به، إلا أن المشتري مغرور فيه فيخير[١] دفعاً للغرر، لأن هذا العقد ترغيب وخدوع[٢]، فذكر الثمن الأول كوصف السلامة فيتخير بفواته، وأبو حنيفة رحمه الله فرق بينهما، وقال في المرابحة كما قال محمد رحمه الله، {وفي التولية كما قال أبو يوسف رحمه الله}[٣] عملاً بهما[٤]، لأنه إذا لم يحط في التولية لا تبقى تولية، بخلاف المرابحة.

٦٧٢- ومن اشترى ثوباً بعشرة فباعه بخمسة عشر، ثم اشتراه بعشرة، فإنه يبيعه مرابحة بخمسة، ويقول: قام علي بكذا، ولو باعه بعشرين ثم اشتراه بعشرة[٥] لا يبيعه مرابحة أصلاً عند أبي حنيفة رحمه الله، لأن

---

[١] - في (ن): "ينجبر".

[٢] - في (ن): "جذوع"، وهنا في الهداية: "والتولية والمرابحة ترويج وترغيب" (٥٥/٣).

[٣] - ما بين القوسين ساقط في (م).

[٤] - والمتون على قول الإمام أبي حنيفة (رد المحتار ١٥٥/٥، ط نعمانية) ولم أعثر على ترجيح أحد من الأقوال، إلا أن المتون لا تمشي غالبا إلا على ظاهر الرواية (ر: رد المحتار، باب إقرار المريض ٦١٠/٥).

[٥] - وفي الهداية صورة المسألة هكذا: ولو اشتراه بعشرة وباعه بعشرين

فيه شبهة الخيانة، والشبهة في بيع المرابحة كالحقيقة احتياطاً، ولهذا لم تجز المرابحة فيما أخذ بالصلح لشبهة الحطيطة[1]، وعندهما يجوز المرابحة في الفصل[2]، لأن العقد الثاني غير العقد الأول، وتنقطع الأحكام عن الأول، كما لو تخلل ثالث.

٦٧٣- ومن اشترى دجاجة فباضت عنده ثلاثين مثلاً، ثم أراد أن يبيعها مرابحة، ينظر إن أنفق عليها مقدار ثمن البيض يصح، وإلا فلا.

٦٧٤- ومن اشترى ثوباً بعشرة دراهم جياد، ثم دفع إليه زيوفاً، ويجوزه البائع[3]، فإنه يبيعه مرابحة بالجياد، لأنه ملكه بالجياد.

٦٧٥- ولو اشترى جارية فاعورت عنده، فإنه يبيعها مرابحة من غير بيان، ولو فقيت عينها لا يبيعها مرابحة حتى يبين.

٦٧٦- ومن اشترى شيئاً مما ينقل ويحول لم يبعه حتى يقبضه

مرابحة ثم اشتراه بعشرة (الهداية مع فتح القدير ٤٦٣/٦، دار الكتب العلمية، بيروت).

[1] - الحطيطة: اسم للمحطوط، مايترك من الحق (معجم لغة الفقهاء ص: ١٨٢).

[2] - هنا في الهداية:" الفصلين" قال في المحيط: ما قاله أبو حنيفة أوثق وما قالاه أرفق (البحر ١١١/٦) يبدو من قوله ترجيح قول الإمام أصلا، ولو كان في قولهما سعة للناس.

[3] - أي يقبل البائع الزيوف و يجيز عقد البيع، فيجوز للمشتري أن يبيعه مرابحة بالجياد.

للحديث[1]، والحديث معلول[2] بغرر انفساخ العقد باعتبار الهلاك، بخلاف بيع العقار قبل القبض، وهلاك العقار نادر، فيجوز بيعه قبل القبض عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله[3] كالصرف في الثمن[4]، لأن الثمن في الذمة، فلا يتصور الهلاك.

٦٧٧- ومن اشترى مكيلاً مكايلة أو موزوناً موازنة، أو بشرط الكيل والوزن، لم يجز للمشتري منه أن يبيعه ولا يأكله حتى يعيد الكيل والوزن للنهي الوارد فيه[5]، حتى لو أعطى للقصاب درهماً وقال: أعطني

---

[1] – أخرجه البخاري عن ابن عمر يقول: قال النبي -ﷺ- " من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يقبضه" (البيوع، باب ما يذكر في بيع الطعام والحكرة ٢٨٦/١) قال ابن عباس: أما الذي نهى عنه النبي -ﷺ- فهو الطعام أن يباع حتى يقبض، ولا أحسب كل شيء إلا مثله (المصدر السابق، باب بيع الطعام قبل أن يقبض الخ ٢٨٦/١، مسلم، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض٥/٢، البيهقي، باب النهي عن بيع ما لم يقبض وإن كان غير طعام ٣١٣/٥، مصنف عبد الرزاق، باب النهي عن بيع الطعام حتى يستوفي ٣٨/٨، مصنف ابن أبي شيبة، باب من قال: إذا بعت بيعا فلا تبعه حتى تقبضه ٦٨/٦).

[2] – في (م): "معلوم" بدل "معلول".

[3] – خلافا لمحمد وهو قول أبي يوسف، ويعلم من عبارة الهداية وشروحها وفتح القدير وحاشية الشلبي عليه والعناية (١٣٨/٦) والعيني ١٣٨/٣) والتبيين (٨٠/٤) والبحر (١١٦/٦) ترجيح قول الإمام وأبي يوسف الآخر.

[4] – أي التصرف في الثمن قبل القبض يجوز (فتح القدير ٤٧٥/٦، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان).

[5] – أخرجه ابن ماجه عن جابر، قال: نهى رسول الله -ﷺ- عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان، صاع البائع، وصاع المشتري (البيوع، النهي عن بيع

به مناً من اللحم، يشترط فيه إعادة الوزن، لأن الزيادة للبائع. {ولو أعطاه درهماً وقال: أعطني به لحماً يشترط فيه إعادة الوزن؛ لأن الزيادة للمشترى[1]}.

٦٧٨- أما إذا اشترى مكيلاً أو موزوناً مجازفة، لا يحتاج فيه إلى الكيل والوزن[2]، لأن الزيادة للمشتري، كمن باع ثوباً مذارعة فالزيادة للمشتري، حتى يجوز التصرف فيه قبل الذرع، إذ الذرع وصف فيه، وجهالة الوصف لا تمنع جواز البيع، ولهذا يجوز[3] بيع ذراع بذراعين من جنسه، فحقيقة الفضل بالأولى لا يمنع بخلاف القدر، وجهالة القدر يمنع صحته، ولا معتبر بكيل البائع قبل البيع وإن كان بحضرة المشتري، لأنه ليس بصاع المشتري والبائع، هذا هو المشروط فيه، ولا يعتبر بكيله بعد البيع في غيبة المشتري، لأن الكيل من باب التسليم، والصحيح أن الكيل الواحد يكفيه[4]، لأن المبيع صار معلوماً به، ومحل

الطعام ما لم يقبض ١٦/١)، والدارقطني في البيوع (٢٩٢/٢)، والبيهقي في البيوع (باب الرجل يبتاع طعاما كيلا فلا يبيعه حتى يكتاله ٣١٦/٥)، وابن أبي شيبة، واسحاق بن راهويه، والبزار في مسانيدهم..... وهو معلول بابن أبي ليلى (نصب الراية ٣٤/٤).

[1] – ما بين القوسين ساقط في (ن،ع).

[2] – وعليه الفتوى، خلاصة (البحر ١١٩/٦، الدر المختار بهامش الرد ٦٤/٤، ط نعمانية).

[3] – وفي النسخ الثلاث: "لا يجوز" ولعل الصواب ما كتبناه من فتاوى النوازل.

[4] – هذا التصحيح يتعلق بما إذا كاله البائع بعد البيع بحضرة المشتري دون

الحديث في اجتماع الصفقتين كما يذكر في باب السلم.

ولو اشترى معدوداً بالعدد فهو كالمكيل عند أبي حنيفة رحمه الله، حتى[1] لا يجوز التصرف فيه قبل العد، لأن المبيع قدر ما يتناوله العد، والزيادة للبائع كما في المكيل، وعندهما هو كالمذروع[2]، ولهذا يجوز بيع جوزة بجوزتين، فلا يلحق بالمنصوص عليه كالذرعي، والنص ورد في الكيلي، والوزني في معناه، لما أنه من مال الربا فيلحق به.

٦٧٩- والتصرف في الثمن قبل القبض جائز، لأنه ليس فيه غرر انفساخ العقد بالهلاك لعدم تعينها بالتعيين، بخلاف المبيع.

٦٨٠- التأجيل في الديون كلها يصح[3] إلا القرض، فإن تأجيله لا

غيبته، كما في الهداية (٥٩/٣)، وهو قول عامة المشايخ، وعند البعض لا بد من الكيل أو الوزن مرتين، والصحيح قول العامة، (ر فتح القدير والعناية ١٤١/٦، ١٤١٠، والبحر: ٦/ ١١٨).

[1] - "حتى" ساقط من (ن).

[2] - وهو رواية عن أبي حنيفة (العيني ١٤٠/٣)، وعنه في رواية أن المعدود كالمكيل والموزون، واختاره الكرخي، وجهه أن المعدود المتقارب يساوي المكيل والموزون فيما تعلق به الفساد، وهو جهالة المبيع لاحتمال الزيادة..... وهذا أظهر كما في التبيين (٨٢/٤) ثم هذا مقيد بغير الدراهم والدنانير، أما هما فيجوز التصرف فيهما بعد القبض قبل الوزن، كذا في الإيضاح (البحر ١١٩/٦).

[3] - إلا في سبع على ما في مداينات الأشباه، بدلي صرف وسلم، وثمن عند إقالة وبعدها، وما أخذ به الشفيع، ودين الميت، والسابع: القرض، فلا يلزم تأجيله إلا في أربع إذا كان مجحودا، أو حكم مالكي بلزومه بعد ثبوت أصل الدين

يصح عندنا حتى يجوز للمقرض ولاية المطالبة بعد ما أجله، لأن القرض إعارة ابتداء ومعاوضة انتهاء، فباعتبار الإعارة لا يلزم التأجيل، لأنه متبرع، بخلاف الديون والثمن، وقيل: إنه في الحكم بمنزلة عين المقبوض إذ لو لم يجعل كذلك لكان مبادلة الشيء بجنسه نسيئة[1]، وإنه لا يجوز، وقيل: هذا الشرط ساقط فيه، لأنه عارية ابتداء وانتهاء، وقال مالك: يصح فيه التأقيت[2]، لأنه دين فأشبه الثمن، قول الشافعي فيه كقولنا[3].

عنده، أو أحاله على آخر، فأجله المقرض، أو أحاله على مديون مؤجل دينه، لأن الحوالة مبرئة، والرابع: الوصية (الدر المختار بهامش الرد ٤/١٧٠، ط نعمانية).

[1] – في (ن،ع): "نسبة".

[2] – ر: المدونة الكبرى ٣/٢٠٠.

[3] – ويكون حالا يطالب به متى شاء، وإذا حل لا يلزم التأجيل فيه (رحمة الأمة ص: ١٨٧).

فصل في الاستحقاق

٦٨١- ومن اشترى جارية فولدت عنده، فاستحقها رجل ببينة فإنه يأخذها وولدها، لأن البينة حجة مطلقة، فيظهر في حق الولد أيضاً، بخلاف ما إذا أقر بها لرجل لم يظهر إقراره في حق الولد، لأن إقراره حجة قاصرة، يقتصر[١] على الجارية دون الولد ضرورة صحة الإخبار بعد الانفصال، ثم قيل: هل يشترط القضاء منه بالولد[٢] أم يدخل تبعاً للأم؟ فيه خلاف، وإن كان الولد في يد غيره لا يدخل تحت الحكم بالأم تبعاً، وقال محمد رحمه الله: لا تدخل[٣] الزوائد في الحكم أيضاً.

٦٨٢- ومن اشترى عبداً فإذا هو حر، إن قال العبد للمشتري: اشترني فأنا عبد، لا شيء على العبد إن كان البائع حاضراً، وإن كان غائباً لا يدري أين هو؟ فالمشتري يرجع على العبد عند تعذر رجوعه على البائع، ثم يرجع على البائع، وفي مسألة الرهن[٤] إذا تبين أنه حر لم يرجع على العبد بشيء بكل حال، لأن الرهن عقد وثيقة[٥]، لا عقد

---

[١] - في (م): "تقتصر".

[٢] - وهو الأصح، كما في الدر المختار بهامش الرد نقلا عن الزيلعي (١٩٥/٤، ط نعمانية).

[٣] - في (ن،ع): "لا يدخل".

[٤] - إذا كان العبد مقرا بالعبودية عند الارتهان (الهندية ٧١/٣).

[٥] - وفي النسخ الثلاث: "عقد وبيعه" والصواب ما كتبناه من الدر المختار مع رد المحتار كتاب البيوع باب الاستحقاق.

معاوضة، فالأمر به لا يجعل ضامناً، وعن أبي يوسف رحمه الله لا يرجع فيهما[1] لأنه إخبار كذب، كإخبار الأجنبي بذلك.

---

[1] - والأصل يؤيد قول الإمام أبي حنيفة، وهو أن التغرير يوجب الضمان في ضمن عقد المعاوضة لا الوثيقة (ر: الدرالمختار بهامش الرد ١٩٨/٤، ط نعمانية).

فصل في الزيادة في المبيع والثمن[1]

٦٨٣- والزيادة على المبيع والثمن تلتحق بأصل العقد عندنا، خلافاً لزفر رحمه الله، وهو قول الشافعي أيضاً لا تلتحق[2]، ولا يشترط فيه بقاء المعقود عليه على حاله عند أبي حنيفة رحمه الله خلافاً لهما[3]، والحط يجوز بعد هلاك المبيع[4]، وهلاك المبيع يظهر الاختلاف في المرابحة والتولية والهلاك قبل القبض[5].

٦٨٤- ومن باع جارية ثم وطئها البائع قبل التسليم إلى المشتري لم يلزمه العقر، ولا يسقط شيء من {ثمنها عند أبي حنيفة رحمه الله،

---

[1] - وفي (م): "فصل" فقط.

[2] - إذا أزيد البيع في بعض المبيع وجب أن يزيد إلى الشراء ما يقابله من الثمن (المجموع ٩/٤٨٥).

[3] - اختار بعض المشايخ قولهما، فقال: الزيادة في الثمن إنما تصح إذا كان المعقود عليه قائما، أما إذا هلك فلا يصح، وإن كان الهلاك حقيقة أوحكما (العيني ٣/١٤١).

[4] - الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع على ظاهر الرواية (التبيين ٤/٤٤) لما شرط صحتها في الثمن بقاء المبيع في ظاهر الرواية، قاله تاج الشريعة (العيني ٣/١٤٠) وأما الزيادة في المبيع والحط عنه، فتصح الزيادة بعد هلاكه أيضاً وهو اختيار البقالي، لا الحط (ر: البحر ٦/١٢٠، البزازية بهامش الهندية ٤/٥٠٨).

[5] - في (م): "القبض" ساقط.

لأن منافع البضع ليس بمال فلا يلزم شيء من الثمن[1]} وعندهما يسقط من الثمن بقدر العقر، وإن كانت بكراً[2] يسقط بقدر البكارة عنده، وعندهما ينظر إلى النفقات والعقر، يجب الأقل[3] بخلاف المبيع.

---

[1] - ما بين القوسين ساقط في (ن،ع).

[2] - في (ن،ع): "بكذا".

[3] - ولم أر ترجيح أحد من القولين، إلا أنى أرى أن يفتى بقول الصاحبين، لأن الجارية خرجت عن ملك البائع، فلم يحل له الوطي منها.

فصل في الربا

٦٨٥- الربا في اللغة: عبارة عن الزيادة، وفي الشرع: عبارة عن فضل خال عن العوض، والأصل فيه الحديث المشهور، وهو قوله عليه السلام:" الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والحنطة بالحنطة، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، مثلاً بمثل يداً بيد، والفضل ربا"[١].

٦٨٦- أجمع القائسون أن هذا الخبر معلول[٢] بعلة، واختلفوا في علته، فعندنا علة الربا هي القدر مع الجنس حتى يتعدى إلى كل مكيل وموزون، سواء كان الشيء مطعوماً كالذرة والدخن، أو غير مطعوم، كالجص والنورة، وعند الشافعي رحمه الله هي الطعم {في المطعومات[٣]} سواء كان مكيلاً أو موزوناً أو معدوداً كالذرة، والسكر، والجوز، لأن

---

[١] - أخرجه مسلم عن أبي سعيد الخدري قال، قال رسول الله -ﷺ-: "الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، مثلا بمثل، يدا بيدا، فمن زاد واستزاد فقد أربى (البيوع، باب الربا ٢/٢٥)، وجاء في رواية أبي هريرة: "الحنطة" (المصدر السابق) مكان "البر بالبر" وأما لفظ: "الفضل ربا" فلم أجده إلا بمعناه من طرق كما في رواية مسلم السالفة.

[٢] - في (م): "معلوم".

[٣] - ما بين القوسين، ساقط في (م).

الطعم لبقاء الإنسان، والثمنية في الأثمان علة عنده[1]، والجنسية شرط، والحكم قد يدور مع الشرط، والمساواة مخلص، وعند مالك الاقتيات والإدخار علة[2]، والمنصوص في النص شيئين[3]: المماثلة والتقابض، وكل ذلك يشعر بالعزة[4] والخطر، والقدر يسوّي الذات، والجنس يسوّي المعنى، فيتحقق المساواة صورة ومعنى فيحرم التفاضل والنسأ.

٦٨٧- أما علة النسأ أحد وصفي علة الربا، وهو الكيل بانفراده، والوزن بانفراده، أو الجنس بانفراده عندنا، وعنده[5] الطعم بانفراده لا

---

[1] - في علة تحريم الرباء في الأجناس الأربعة قولان: أصحهما وهو الجديد أنها الطعم (المجموع ٤٣٩/٩، ٤٩٦).

[2] - الربا على وجهين: ربا في النقد وربا في النسيئة، فأما الربا في النقد، فلا يكون إلا في الصنف الواحد من نوعين: أحدهما: الذهب والورق، والثاني: ما كان من الطعام مدخرا مقتاتا أو مصلحا للقوت أصلا للمعاش، غالبا في قول بعضهم، وأما الربا في النسيئة، فيكون في الصنف الواحد وفي الصنفين، فأما في الصنف الواحد فهو في كل شيء من جميع الأشياء، لا يجوز بيع واحد باثنين من صنفه إلى أجل من جميع الأشياء طعاماً كان أو غيره، وأما في الصنفين، فهو في نوعين: أحدهما الذهب والفضة، والثاني الطعام كله كان مما يدخر أولا يدخر (مقدمات ابن رشد المطبوع مع المدونة الكبرى ٥٠/٣، ٥٢) وفي البداية: وأما علة منع النسأ عند المالكية في الأربعة المنصوص عليها، فهو الطعم والادخار دون اتفاق الصنف (بداية المجتهد ٩٧/٢).

[3] - في (ع،ن): "يتبين".

[4] - في (ن،ع): "بالعز".

[5] - أي عند مالك (ر: مقدمات ابن رشد مع المدونة الكبرى ٥٢/٣).

يحرم[1]، وهو علة تامة في حرمة النسأ، وإن كان جزء علة التفاضل، وقال الشافعي رحمه الله: الجنس بانفراد لا[2] يحرم النسأ[3]، لأن بالجنس يثبت شبهة الفضل، وحقيقة الفضل غير مانع فيه، حتى يجوز بيع الواحد بالثنتين، والشبهة أولى، أي في غير المطعوم كالثوب.

٦٨٨- بيانه إذا باع قفيز ذرة بقفيزي ذرة، أو من سكر بمنوي سكر لم يجز بالإجماع، لوجود علة الربا، وهو القدر مع الجنس عندنا، وعنده[4] الطعم مع جنسه، وكذا لو أسلم جنس المطعوم في جنسه لوجود علة النسأ، وهو الكيل بانفراده، أو الوزن بانفراده عندنا، وعنده الطعم بانفراده.

٦٨٩- ولو باع قفيز حنطة بقفيزي شعير، أو من سكر بمنوي زيت يجوز بالإجماع، لانعدام علة الربا، وهو القدر مع الجنس أو الطعم مع الجنس، ولو أسلم أحدهما في الآخر، لم يجز بالإجماع لوجود علة النسأ.

٦٩٠- ولو باع من حديد بمنوي حديد، أو قفيز جص بقفيزي جص، لم يجز التفاضل والنسأ عندنا، خلافاً له.

٦٩١- ولو باع حديداً بصفر متفاضلاً، أو جصاً بنورة متفاضلاً يجوز بالإجماع.

---

[1] - لفظ "يحرم" ساقط من (ن،م).

[2] - في (ن،ع): "لا "ساقط.

[3] - ر: مختصر المزني ص: ٧٧.

[4] - ر: المجموع١٠/٦٨، ٩١.

ولو أسلم أحدهما في الآخر لم يجز عندنا خلافاً له.

٦٩٢- ولو باع جوزة بجوزتين، أو حفنة بحفنتي برّ يجوز[١] عندنا خلافاً له، لانعدام القدر مع جنسه، وكذا لو أسلم فيه لا يجوز، ولو باع مروياً بمرويين يجوز، ولو أسلم فيه لا يجوز، والمساواة بالمعيار الشرعي شرط، والتقدير الشرعي نصف صاع وما فوقه[٢]، وأما ما دونه فهو بمنزلة الحفنة.

٦٩٣- وأما السلم في الزعفران والسكر والحديد بالدراهم والدنانير، إنما يجوز مع كون رأس المال موزوناً، لأن النبي -صلى الله عليه سلم- قال: "من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم"[٣] مع علمه أن رأس المال غالباً يكون بالدراهم والدنانير،

---

[١] - وحرم الكل الإمام محمد وصححه الكمال بنفسه كما يفيد ما بحث في هذا الصدد، ونقل تصحيحه عن غيره أيضا، وأقروه عليه، كصاحب البحر والنهر والمنح والشرنبلالية والمقدسي (ر: الدر المختار ١٨١/٤، ط نعمانية) ثم أمكن وزن كل شيء وكيله في العصر الراهن ولو كان ذرة، وفيه احتياط وتبعيد الناس عن الوقوع في الحرام، ويؤيده ما قال الإمام محمد:" كل شيء حرام في الكثير، فالقليل منه حرام" (رد المحتار ١٨١/٤، ط نعمانية).

[٢] - في (ن،ع): العبارة هكذا: "والتقدير الشرعي شرط والتقدير إلى نصف صاع وما فوقه الخ".

[٣] - أخرجه البخاري (السلم، باب السلم في وزن معلوم ٢٥٩/١)، ومسلم (باب السلم ٣١/٢)، وأبوداود (باب السلف ٤٩٠/٢)، والنسائي (باب السلف في الثمار ٢٢٥/٢)، والترمذي (باب ماجاء في السلف في الطعام والتمر ٢٤٥/١)، وابن ماجه (باب السلف في كيل معلوم ١٦٥/٢) عن أبي المنهال

علمنا أنه أهدر هذا التفاوت، ولأن الزعفران يوزن بالأمنان وهو مثمون يتعين بالتعيين، والنقود توزن بالسنجات[1]، {وهو ثمن لا يتعين بالتعيين}[2] وقوله: "إذا اختلف النوعان، فبيعوا كيف شئتم"[3] أي الجنسان[4]، لأن حرمة التفاضل[5] عند اختلاف النوعين ثابتة بالإجماع، كبيع الحنطة الصيفية بالخريفية، أوالربيعية بالخريفية متفاضلاً.

٦٩٤- وإذا بيع المكيل بجنسه ككر حنطة بكر حنطة إذا كان عيناً بعين لا يشترط القبض عندنا، لأن المبيع يتعين بالتعيين، كالثوب بالثوب

عن ابن عباس قال: "قدم رسول الله -ﷺ- المدينة وهم يسلفون في التمر، فقال: "من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم"، واللفظ للترمذي ولم أجد لفظ "من أسلم منكم فليسلم".

[1] - السنجة: الميزان، وهو الذي يتخذ من صفر(ر: تاج العروس ٦١/٢، والصحاح ٣٢٥/١).

[2] - ما بين القوسين ساقط في (م).

[3] - غريب بهذا اللفظ (نصب الراية ٤/٤) أخرج مسلم عن عبادة بن الصامت من غير لفظه أن رسول الله -ﷺ- قال: "..... إذا اختلفت هذه الأصناف، فبيعوا كيف شئتم" (كتاب المساقاة، باب الصرف وبيع الذهب بالورق ٢٥/٢) والدارقطني عنه وعن أنس بن مالك عن النبي -ﷺ- قال: ".....فإن اختلف النوعان فلا بأس به" (البيوع ١٨/٣).

[4] - اعلم أنه يختلف الجنس باختلاف الأصل، كخل الدقل مع خل العنب، والمقصود، كشعر المعز وصوف الغنم، وبتبدل الصفة كالخبز مع الحنطة (رد المحتار ١٨٦/٤).

[5] - لفظ: "التفاضل" ساقط في (م).

والشاة بالشاة، ولكن يشترط التساوي فيه، وإن لم يعلما التساوي فيه لا يجوز عندنا، وقال زفر رحمه الله: يجوز، إلا أن يعلم التفاضل فيه، بخلاف الدراهم والدنانير، فإنها إذا بيعت بجنسها يشترط التساوي والقبض في البدلين جميعاً في المجلس، كما يشترط المساواة[١]، لأنها ثمن تثبت في الذمة، ولا تتعين إلا بالقبض، {فلا بد من القبض[٢]}، كيلا يصير كالئاً بكالئ[٣].

٦٩٥- وإن كان أحدهما عيناً والآخر ديناً ينظر إن كان المبيع عيناً جاز البيع، و يشترط قبض الدين في المجلس، وإن كان ديناً لم يجز البيع.

٦٩٦- وكل شيء نص رسول الله -ﷺ- على تحريم التفاضل فيه كيلاً بجنسه أو وزناً بجنسه، فهو مكيل أبداً أو موزون أبداً، كالحنطة والشعير، والدراهم والدنانير وغيرها، ولا يعتبر فيه العرف الذي خلاف النص، وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يعتبر العرف أيضاً[٤]، حتى لو باع حنطة بجنسها متساوياً وزناً، أو باع الذهب بجنسه متماثلاً كيلاً، يجوز

---

[١] - لا حاجة إلى ذكر "يشترط المساواة" لأنه مذكور قبله.

[٢] - ما بين القوسين ساقط في (م).

[٣] - وزاد في (م): "فإن الكالئ بمنزلة التساوي وللنقد مزية فتثبت شبهة الربا في النسيئة، فيشترط القبض فيها".

[٤] - أي العرف الطارئ، والنص معلول بالعرف عنده، فيكون المعتبر هو العرف في أي زمن كان، رجحه الكمال، وفي الكافي: الفتوى على عادة الناس، وأقره التمرتاشي، وخرج عليه سعدي آفندي (ر: البحر ١٢٩/٦، والدر المختار ورد المحتار ٢٠٣/٤ط مكتبة رشيدية).

{عنده، فكان المنظور إليه العرف وقد تبدل العرف فيه، وإن باع الكيلي بجنسها وزناً، والوزني بجنسها كيلاً يجوز}[١]، لأن المعتبر إعلام المبيع بجنسها متساوياً وقد حصل به.

٦٩٧- ولو أسلم حنطة وزناً يجوز لوجود الإسلام في معلوم.

٦٩٨- وكل ما ينسب إلى الرطل فهو وزني، معناه[٢] ما يباع بالأواقي[٣]، لأنها قدرت بطريق الوزن.

٦٩٩- بيع الخبز بالحنطة والدقيق يجوز متفاضلاً نقداً ونسيئة عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله[٤]، لأن الخبز وزني، وعن أبي يوسف رحمه الله لا بأس بالسلم فيه[٥]، ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق ولا بالسويق لبقاء المجانسة من وجه، ولا يجوز بيع الدقيق بالسويق كيف ما كان عند أبي حنيفة رحمه الله، وكذا بيع الدقيق بالنخالة[٦] عند محمد

---

١ - ما بين القوسين ساقط في (ن،ع).

٢ - وفي النسخ الثلاث: "معيار" ولعل الصواب ما كتبناه من الهداية (الهداية مع فتح القدير ١٦/٧، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان).

٣ - وفي (م): "الأوثاق" محل "الأواقي".

٤ - وعن أبي حنيفة أنه لا خير فيه، والفتوى على قولهما (ر: الهداية ٦٩/٣) قيل هو ظاهر مذهب علمائنا الثلاثة، وأصح الروايتين عن الإمام (ر: رد المحتار ١٨٦/٤، ط نعمانية).

٥ - وصححه المؤلف في الهداية (٧٠/٣)، وعليه الفتوى (الدر المختار بهامش الرد ١٨٦/٤، ط نعمانية).

٦ - النخالة بالضم: ما ينخل به منه، وما نخل من الدقيق، وما بقي في المنخل مما ينخل (القاموس المحيط ص: ١٣٧١).

رحمه الله، وعند أبي يوسف رحمه الله هو بمنزلة بيع الزيتون بالزيت، والسمسم[1] بالشيرج[2]، وكذا بيع الجوز بدهنه أو اللوز بدهنه، ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساوياً.

٧٠٠- ويجوز بيع اللحمان المختلفة بعضها ببعض متفاضلاً[3]، والضأن والمعز جنس واحد حتى لا يجوز التفاضل في لحمهما وكذا شحومهما، وبيع الشحم بالإلية يجوز وكذا باللحم.

٧٠١- ويجوز بيع القطن بالكرباس، واختلفوا في القطن مع غزله[4].

٧٠٢- ولا ربا بين المولى وعبده إذا لم يكن مديوناً[5].

---

[1] - وفي (م): "السمن".

[2] - الشيرج: دهن السمسم، معرب شيره (مجمع البحرين ٣١٢/٢).

[3] - قال المؤلف في الهداية: "ومراده لحم الإبل والبقر والغنم" (٦٩/٣).

[4] - قال أبويوسف: لا يجوز إلا متساويا، وعن محمد لا بأس به، وهو الأصح، والفتوى عليه كما في الاختيار (ر: الدر المختار مع الرد ١٨٤/٤، ط نعمانية)، وفي البحر(١٣٢/٦): قول محمد أظهر، وفي الحاوى: وهو الأصح (المصدر السابق).

[5] - بحيث استغرق الدين رقبته وكسبه، فلو كان مستغرقاً، يتحقق الربا اتفاقا (ر: الدر المختار بهامش الرد ١٨٧/٤، ط نعمانية).

باب السلم[1]

٧٠٣- السلم هو السلف، وهو اسم لأخذ عاجل بآجل لغة، وفي الشريعة: عبارة عن تعجيل أحد البدلين، وإنما يسمى به لتسليم الدراهم[2] إلى مفلس في مؤجل، وهو عقد مشروع بالكتاب[3] والسنة، وهو ما روي عن النبي -ﷺ- أنه نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان، ورخص في السلم[4]، والقياس يأبى جوازها لأنه بيع المعدوم، إذ المبيع هو المسلم فيه،

---

[1] - السلم: هو في اللغة: التقديم والتسليم، وفي الشرع: اسم لعقد يوجب الملك للبائع في الثمن عاجلا، وللمشتري في المثمن آجلا، المبيع يسمى مسلما فيه، والثمن يسمى رأس المال، والبائع يسمى مسلما إليه، والمشتري يسمى رب السلم (التعريفات للجرجاني ص: ١٣٧).

[2] - في (م): "وإنما سمي به لتسليمه الدراهم".

[3] - وهوآية المداينة: ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه﴾ الخ (البقرة: ٢٨٢).

[4] - قال الحافظ بن حجر: لم أجد هكذا، نعم! هما حديثان، أحدهما: "لا تبع ما ليس عندك" وثانيهما: الرخصة في السلم (الدراية بهامش الهداية ٧٦/٣)، وقال الزيلعي: غريب بهذا اللفظ، قوله: "ورخص في السلم" هو من تمام الحديث لا من كلام المصنف...... ولكن في شرح مسلم للقرطبي ما يدل على أنه عثر على هذا الحديث بهذا اللفظ، فقال: ومما يدل على اشتراط الأجل في السلم الحديث الذي قال فيه: " نهى رسول الله -ﷺ- عن بيع ما ليس عندك، ورخص في السلم (نصب الراية ٤٥/٤) وأما الحديث: "لا تبع ماليس عندك" أخرجه الترمذي وحسنه (باب في كراهية بيع ماليس عنده

ولكن رخص في المكيلات والموزونات، لقوله عليه السلام: "من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم[1]"، والأجل فيه قام[2] مقام المبيع، لأنه سبب لحصوله، وفي قدر الأجل اختلفوا فيه[3]، والأصح أن أدناه شهر. والمراد من الموزونات غير الدراهم والدنانير، لأنهما أثمان، والمسلم فيه لا بد أن يكون مثمناً، وكذا يجوز في المذروعات التي يمكن ضبطها بذكر الذرع والصفة والصنعة، هذا هو

٢٣٣/١)، وابن ماجه (باب النهي عن بيع ماليس عندك ١٥٨/١) عن حكيم بن حزام، وأبوداود (باب في بيع الطعام قبل أن يستوفي ٤٩٣/٢) عن ابن عمر، والنسائي (باب شرطان في بيع ٢٢٦/٢) عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، واللفظ للترمذي وابن ماجه، وحديث: "الرخصة في السلم" أشار إليه الحافظ ابن حجر، أخرجه البخاري من غير لفظه عن أبي المنهال عن ابن عباس قال: قدم رسول الله -ﷺ- المدينة: وهم يسلفون بالتمر السنتين والثلاث، فقال رسول الله -ﷺ-: "من أسلف في شيء ففي كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم (السلم، باب السلم في وزن معلوم ٢٢٩/١).

[1] - تقدم تخريجه وكلامه عليه.

[2] - في (ن،ع): "قامت".

[3] - أدنى الأجل شهر، وعن أصحابنا أنه ثلاثة أيام، وقيل: عشرة أيام، وقيل: أكثر من نصف يوم، وعن الجصاص: مازاد على مجلس العقد ولو ساعة، والمختار ما يمكن من تحصيل المسلم فيه، والأول: شهر، أصح، وعليه الفتوى كما في المضمرات (جامع الرموز ٣٣٥/٣، أنظر السراجية ص:١٠٦) وبه يفتى وهو المعتمد (البحر ١٦٠/٦) وهو المذهب، نهر (رد المحتار ٢٠٦/٤، ط نعمانية).

الأصل في هذا الباب، وكل مالا يمكن ضبط صفته لا يجوز السلم فيه، كالجواهر، والخرز[١]، لأن المسلم فيه دين، والدين لا يعرف إلا بالوصف.

٧٠٤- أما العدديات[٢] المتقاربة كالجوز والبيض، يجوز السلم فيه، لأنه مضبوط الوصف، مقدور التسليم، والتفاوت فيهما هدر في العرف، بخلاف البطيخ والرمان، فإن التفاوت فيهما فاحش، والمذروعات[٣]، والعدديات المتقاربة تلحق بالمنصوص عليه، وهو المكيل والموزون، ثم الجوز[٤] كما يجوز السلم فيه عدداً يجوز كيلاً عندنا، خلافاً لزفر رحمه الله.

٧٠٥- استمرار وجود المسلم فيه في السوق الذي يباع فيه شرط عندنا من وقت العقد إلى حين المحل، حتى لو كان معدوماً فيه لا يجوز السلم، وعند الشافعي رحمه الله يعتبر وجوده وقت التسليم، ولا يعتبر وجوده في السوق، وإذا كان موجوداً إلى المحل ولم يقبضه حتى انقطع بعده فرب[٥] السلم إن شاء فسخ السلم ويأخذ رأس ماله، وإن شاء ينتظر إلى وجوده.

---

[١] - الخرز بالتحريك: الذي ينظم، الواحد خرزة، وخرزات الملك: جواهر تاجه، (الصحاح ٨٧٦/٣).

[٢] - في (ن،ع): "أما بالعدديات".

[٣] - في (ن،ع): "والمذروعات" ساقط.

[٤] - ذكر المصنف الجوز على سبيل المثال وإلا فالمراد منه العددي المتقارب (انظر الهداية مع فتح القدير ٧١/٧، دار الكتب العلمية، بيروت).

[٥] - هنا في الهداية: "ولو انقطع بعد الحمل فرب السلم بالخيار" (٧٧/٣).

٧٠٦- ولا يصح السلم حتى يقبض رأس المال قبل أن يفارقه من المجلس سواء كان رأس المال دراهم أو دنانير، أو عيناً آخر، أما الدراهم والدنانير فلأنها لا تصير كالئاً بكالئ، أما العين [فلأن السلم اسم لأخذ عاجل بآجل ولا بد من قبضه][١] ليتحقق معنى اسم[٢] السلم، وهذا استحسان، من سلم رأس المال إلى المسلم إليه، حتى يقدر وهو تسليم[٣] المسلم فيه.

٧٠٧- واحتمال الفساد فيه بمنزلة حقيقة الفساد حتى لا يجوز فيه خيار الشرط، وخيار الرؤية، وتفريق المجلس فيه تفرق الأبدان قبل القبض، حتى لو مشى العاقدان ميلاً مثلاً، ثم قبض لا يكون تفرقاً، وكذا في الصرف، ولو نام أحدهما في المجلس قاعداً لا يكون متفرقاً، بخلاف ما إذا كان مضطجعاً.

٧٠٨- ولو أسلم في كر حنطة، فلما حل[٤] الأجل اشترى المسلم إليه حنطة من رجل آخر، وأمر رب السلم بقبضه له، ثم يقبضه لنفسه، فاكتاله له، ثم اكتاله لنفسه جاز، لأنه اجتمعت الصفقتان، فلابد من القبض والكيل مرتين، وهذا محل الحديث لما مر من قبل.

---

[١] - ما بين القوسين ساقط من النسخ الثلاث وزدناه لتصحيح المتن كما في النوازل والهداية.

[٢] - لفظ "اسم" ساقط في (ن).

[٣] - في (ن،ع): "تسليمه" وهنا في الهداية: "ولأنه لا بد من تسليم رأس المال ليتقلب المسلم إليه فيه فيقدر على التسليم" (الهداية مع فتح القدير ٩٢/٧).

[٤] - في (ن، ع): "أحل".

٧٠٩- رجل أسلم إلى رجل عشر دراهم في كر حنطة وتقابضا ثم تقايلا، فأراد رب السلم أن يأخذ مكان رأس المال شيئاً آخر، {أو أراد المسلم إليه أن يأخذ مكان المسلم فيه شيئاً آخر[1]} لم يجز عندنا لقوله عليه السلام: "لا تأخذ إلا سلمك أو رأس مالك"[2]، معناه إلا سلمك حال قيام العقد ورأس مالك حال انفساخه، لأن الإقالة فسخ في حقهما، وبيع جديد في حق غيرهما، وحق الشرع غيرهما، وقال زفر رحمه الله: يجوز أن يأخذ شيئاً آخر، لأنه لما انتقض السلم بالإقالة بقي على ذمة كل واحد منهما ما عليه ديناً مطلقاً، كدين القرض، والغصب، وثمن المبيع، فيجوز الاستبدال فيه، بخلاف الاستبدال بوقت ذلك، وبخلاف مالو أخذ مكان المسلم فيه شيئاً آخر عند حلول الأجل قبل الإقالة حيث لا يجوز أيضاً للحديث.

٧١٠- ولو صالح على أن يأخذ رأس المال يجوز، لأن الصلح على رأس المال إقالة، وكذا لو صالح على أن يأخذ نصف رأس المال

---

[1] - عبارة القوسين ساقطة في (م).

[2] - غريب بهذا اللفظ، وأخرج الدار قطني في سننه عن إبراهيم بن سعيد أنه قال: "فلا يأخذ إلا ما أسلم فيه أو رأس ماله" (البيوع ٤٥/٣)، وأبو داود (باب السلف لا يحل ٢٩١/٢)، وابن ماجه (باب من أسلم في شيء لا يصرفه إلى غيره ١٦٥/٢) عن أبي سعيد الخدري قال، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره"، واللفظ لأبي داود، فيه عطية العوفى تكلم فيه بعض، وحسن حديثه الترمذي (نصب الراية ٥١/٤).

فيفسخ السلم في النصف، ويبقى في النصف كما كان، بخلاف ما إذا كان رب السلم رجلين وصالح أحدهما على نصيبه لا يجوز.

٧١١- السلم في الخبز جائز في الصحيح، ولا خير في استقراضه عدداً أو وزناً عند أبي حنيفة رحمه الله، وعند أبي يوسف رحمه الله يجوز وزناً[١]، وعند محمد رحمه الله يجوز كيف ماكان[٢]، لا خير في السلم في اللحم عند أبي حنيفة[٣]، ولا يجوز السلم في السمك في غير أوانه[٤]، وفي المالح[٥] يجوز بالوزن.

٧١٢- والاستصناع جائز استحساناً للإجماع الثابت فيه بالتعامل، وقيل: هو مواعدة، فإذا أدى يصير بيعاً بالتعاطي، والصحيح أنه عقد لا عدة، ولهذا يجري فيه خيار الرؤية، والمعدوم قد يصير موجوداً حكماً، والمعقود عليه العين دون العمل، ولو جاء[٦] به مفروغاً من صنعته، أو

---

[١] - "وزنا" ساقط في (م).

[٢] - والفتوى على قول أبي يوسف (الهندية ٩٨/٣، ط رحيمية).

[٣] - وقالا: إذا وصف من اللحم موضعاً معلوماً بصفة معلومة جاز، وبه قالت الأئمة الثلاثة، وعليه الفتوى (الدر المختار بهامش الرد ٣٠٥/٤، ط نعمانية، والهداية مع فتح القدير ٨٠/٧ طبع بيروت).

[٤] - ويصح حين يوجد سواء كان مليحاً أو طرياً، وزناً وكيلاً في الصغار لا عدداً، وفي الكبار روايتان، والمختار الجواز، وهو قولهما (ر: جامع الرموز ٣/ ٢١٤، والدر المختار بهامش الرد ٢٠٤/٤، ط نعمانية).

[٥] - في (ن،ع): "المسالح" بدل "المالح".

[٦] - في (ن،ع): "ولو جاء مفروغا من صيغته أو من غيره" الخ.

من صنعة غيره[1] فأخذه جاز، ولا يتعين إلا[2] باختيار الصانع، حتى لو باعه قبل أن يراه المستصنع جاز[3]، ولو رآه المستصنع وهو بالخيار، إن شاء أخذه وإن شاء رده، ولا خيار للصانع وهو الأصح.

---

[1] - جاء في الهداية: "لو جاء به مفروغا لا من صنعته أو من صنعته قبل العقد، فأخذه، جاز" (٢/٨٤).

[2] - في (ن،ع): "إلا" ساقط.

[3] - في (ن،ع): "جاز" ساقط.

باب الصرف

٧١٣- الصرف في اللغة: هو النقل والرد، قوله تعالى: ﴿صرف الله قلوبهم﴾[1]، وقيل: هو الزيادة، ومنه قوله عليه السلام: "لا صرفاً ولا عدلاً"[2] أي نفلاً وفريضة، وفي الشرع: هو بيع الأثمان بجنسها.

٧١٤- ثم الأموال أنواع ثلاثة:

منها: ثمن على كل حال، كالحجرين، قارن به حرف "الباء" أو لم يقارنه، قوبل بجنسه أو بغير جنسه، فإذا قوبل بجنسه فالمساواة والتقابض في المجلس شرط، فإذا قوبل بغير جنسه فالتقابض شرط.

٧١٥- والفلوس سلعة في أصل الخلقة، ثم صار ثمناً باصطلاح الناس.

٧١٦- واستقراض الدراهم والدنانير لا يجوز إلا بالوزن احترازاً عن الربا.

٧١٧- ومنها ما هو مبيع على كل حال كذوات القيم مثل الثياب والدواب.

٧١٨- ومنها: ما هو مبيع من وجه وثمن من وجه، كذوات

---

[1] - التوبة:١٢٧.

[2] - روى البخاري ومسلم عن علي عن صحيفته بلفظ: "لا يقبل الله عنه صرفا ولا عدلا" (البخاري: الاعتصام، باب الاقتداء بأفعال النبي -ﷺ- ١٠٨٤/٢، مسلم: باب تحريم تولي العتيق غير مواليه ٤٩٥/١).

الأمثال، مثل المكيل والموزون، فإنها إن كانت معينة تكون مبيعة، فإن لم تكن معينة فأصحبها حرف الباء أو قابلها مبيع فهي ثمن، وإن لم يصحبها حرف الباء، أو قابلها ثمن فهي مبيعة[١].

٧١٩- ومن حكم الثمن أن وجوده في الملك العاقد عند العقد ليس بشرط لصحته، بخلاف المبيع حتى لو صارفا دنانير بدراهم، ثم استقرضا من آخر، وتقابضا قبل الافتراق تم الصرف عندنا، خلافاً لزفر رحمه الله، فلا بد من قبض[٢] العوضين قبل الافتراق، للحديث[٣]، ولأنه ليس أحدهما بأولى من الآخر، فوجب قبضهما، فإذا قبض أحدهما فلا بد من قبض الآخر تحقيقاً للمساواة، ويراد بالقبض قبض البراجم[٤]، ويراد بالتفرق تفرق الأبدان قبل القبض من المجلس، كما بينا في السلم، ولا يجوز فيه خيار الشرط، ولا اعتبار للجودة والصنعة في الفضة والذهب

---

[١] - هكذا في النسخ الثلاث وفي فتح القدير: فإن صحبها حرف الباء وقابلها مبيع فهي ثمن، وإن لم يصحبها حرف الباء ولم يقابلها ثمن فهي مبيعة (فتح القدير ١٢٧/٧، دار الكتب العلمية، طبع بيروت).

[٢] - في (م): "قبل" بدل "قبض".

[٣] - وهو مروي عن عبادة بن الصامت عن النبي -ﷺ- قال "..... بيعوا الذهب بالفضة كيف شئتم يدا بيدا" (الترمذي، البيوع، باب ماجاء أن الحنطة بالحنطة مثلا بمثل ٢٣٠/١).

[٤] - البراجم جمع برجمة بالضم: وهي مفاصل الأصابع التي بين الأشاجع والرواجب، وهي رؤس السلاميات من ظهر الكف، إذا قبض القابض كفه نشزت وارتفعت (الصحاح ١٨٧٠/٥).

في حق الصرف، والتبر المضروب والمصوغ وغيره سواء لإطلاق النص[1].

٧٢٠- والزيادة بعد العقد بمنزلة الزيادة في العقد عند أبي حنيفة رحمه الله حتى يصح الزيادة ويبطل الصرف[2]، وعندهما يبطل الزيادة ويبقى العقد صحيحاً، ولو حط فيه يصح الحط ويفسد الصرف عنده، وعند أبي يوسف رحمه الله لا يصح الحط، وعند محمد رحمه الله يصح الحط ولا يفسد العقد[3].

٧٢١- وإن باع الذهب بالفضة جاز التفاضل فيه لعدم المجانسة، ووجب التقابض، لأن الوزن بإنفراده يحرم النسأ.

٧٢٢- ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه، حتى لو باع ديناراً بعشرة دراهم، وسلم الدينار ولم يقبض العشرة، حتى اشترى بها ثوباً، فالبيع في الثوب فاسد لفوات القبض المستحق فيه[4]، وهو حق

---

[1] - قال أبو بكر: قال رسول الله -ﷺ-: "لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا سواء بسواء، والفضة بالفضة إلا سواء بسواء" (البخاري، باب بيع الذهب ٢٩٠/١).

[2] - في (ن،ع): "الصرف" ساقط.

[3] - ولم أر ترجيحا لأحد من علمائنا، ففي رأيي أن يعول على قول الإمام، لما قالو في البيع المطلق أن الزيادة والحط يلتحقان بأصل العقد (ر: التبيين ٨٣/٤) هذا إذا لم تكن الزيادة مشروطة..... فلو كانت مشروطة ووقع العقد على الكل، وجب نقض العقد لحق الشرع (رد المحتار ٤ /١٧٨، ط بيروت).

[4] - فإن تقاصا صح، هو المختار (السراجية ص: ١٠٦).

الله تعالى، ولأن الثمن في باب الصرف مبيع، وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز، وليس من ضرورة مبيعية[1] أن يكون متعيناً كالمسلم فيه، ولو تقابضا ثم تقايلا فاشترى بها ثوباً يجوز البيع، لأنه لم يبق صرفاً، فبقي في ذمته ديناً مطلقاً، فيجوز الاستبدال.

٧٢٣- رجل له على آخر عشرة دراهم، فباعه الذي عليه عشرة منه ديناراً بعشرة، ودفع إليه الدينار وتقابضا العشرة بالعشرة[2] جاز ويتحول العقد إلى الدين، ولو أضافه إلى الدين يصح أيضاً، لأن الدين الذي في ذمته كالمتعين والمقبوض، فلا يجب قبضه، ولو تقاصا دراهم دين بدينار دين يجوز، ولو تصارفا فيه لا يجوز[3]، فإن حدث الدين بعد العقد وتقاصا له يصح في ظاهر الرواية، لتعذر التحول إلى الدين لعدمه[4].

---

[1] - "مبيعية" سقطت في (ن،ع) وهناك بياض فيهما وهنا في الهداية: "وليس من ضرورة كونه مبيعاً" (الهداية مع فتح القدير ١٣٣/٧، دار الكتب العلمية).

[2] - وفي الهداية هكذا: ومن كان له على آخر عشرة دراهم فباعه الذي عليه العشرة ديناراً بعشرة دراهم ودفع الدينار وتقاصّا العشرة بالعشرة فهو جائز (الهداية مع فتح القدير ١٤١/٧، دار الكتب العلمية، طبع بيروت).

[3] - صرح بجوازه في السراجية (ص/١٠٦) ورد المحتار: فقال: لو تصارفا دراهم ديناً بدنانير دينا صح لفوات الخطر (ر: ٢٣٩/٤، ط نعمانية).

[4] - هذا التعليل لا ينسجم بما قبله، لأن هذا التعليل يشير إلى عدم الجواز، أي إذا كان الدين لاحقاً لتعذر التحول إلى الدين لعدمه، وبه يقول شمس الأئمة، وقاضيخان أي لا تقع المقاصة، لأن الدين لاحق، ولكن المصنف اختار صحته كما في المتن والهداية واختاره فخر الإسلام، فقال المصنف في الهداية: فإن كان لاحقاً فكذلك في أصح الروايتين لتضمنه انفساخ الأول،

٧٢٤- رجل له على آخر ألف درهم، ولآخر عليه مائة دينار، فأرسل إليه رسولاً وقال: بعتك الدينار الذي عليك بدراهم التي لك علي، فقال: قبلت، لا يجوز، وكذا لو قال الأب: أشهدوا أني اشتريت هذه الدنانير من ابني الصغير بعشرة، ثم قال: قبلت نقداً لعشرة، لا يجوز.

٧٢٥- رجل له عشرة[1] دراهم صحاح، فأراد أن يشتري بها اثنا عشر[2] مكسرة لا يجوز لأنه ربا، فالحيلة فيه أن يقرض صاحب الدراهم المكسرة دراهمه المكسرة، ثم يقبض من صاحب الصحاح عشرة صحيحة، ويبرأ عن الدرهمين.

٧٢٦- ومن باع درهمين وديناراً بدينارين ودرهمين[3]، جاز البيع عندنا، خلافاً لزفر والشافعي[4]، ويجعل كل جنس بخلاف جنسه تصحيحاً للعقد، بخلاف النوى مع التمر، والعظم مع اللحم، لأن التمر مكيل، وكذا النواة، فكانا من جنس واحد، وكذا العظم مركب في اللحم خلقة كالنواة، وعلى هذا الخلاف إذا باع كر حنطة و [كر][5] شعير بكري حنطة

والإضافة إلى دين قائم وقت تحويل العقد فكفى ذلك بالجواز (انظر للتفصيل: الهداية والعناية مع فتح القدير ١٤٣/٧، دار الكتب العلمية، طبع بيروت – لبنان، ورد المحتار ٥٣١/٧، قبيل مطلب مسائل في المقاصة من باب الصرف).

[1] – في (م): "عشرة" ساقط.

[2] – وفي (م): "اثنا" ساقط.

[3] – لو كان "درهم" لكان أصوب كما في الهداية.

[4] – لم أجده في كتب الشوافع.

[5] – ما بين القوسين زدناه من الهداية (الهداية مع الفتح ١٣٧/٧، دار الكتب العلمية).

وكري[1] شعير جاز لقوله عليه السلام: "إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم"[2].

٧٢٧- رجل باع جارية بألف درهم، وفي عنقها طوق فضة إلى أجل، فسد البيع في الكل عند أبي حنيفة رحمه الله، لأن الفساد القوي إذا دخل في صلب العقد فيشيع في الكل عنده، وعندهما البيع في الجارية جائز[3]، وهو كمثل مسألة السيف المحلى بالفضة وقد نقد بعض ثمنه، وإن لم ينقد ثمناً فسد البيع في الكل.

٧٢٨- ثم الدراهم والدنانير جنس[4] واحد عندنا، خلافاً لزفر رحمه الله، حتى قام أحدهما في قضاء الدين مقام الآخر، إلا أن القاضي لا يبيع دنانير المديون في قضاء دينه الدراهم، وكذا في حق النصاب والثمنية

---

[1] - في (ن،ع): "كري" ساقط.

[2] - غريب بهذا اللفظ (نصب الراية ٤/٤)، وروى مسلم عن عبادة بن الصامت أن رسول الله -ﷺ- قال: ".....إذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم" (كتاب المساقاة، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقدا)، والدارقطني عنه وعن أنس بن مالك عن النبي -ﷺ- أنه قال: ......"فإذا اختلف النوعان فلا بأس به" (البيوع ١٨/٢).

[3] - وجه قولهما ذكره الزيلعي: لأن القبض ليس بشرط في حصتها، فيتقدر الفساد بقدر المفسد (التبيين ١٣٧/٤) ولم أرترجيحا لأحد من مشايخنا، وإني أرى أن ترجيح قولهما تحريا للجواز، كما صرحوا فيما لو اشترى أمة مع طوق قيمة كل منهما ألف بألفين، ألف نقد وألف نسيئة، فالنقد ثمن الطوق، ويصح البيع بلاخلاف (ر: نفس المصدر، والبحر ١٩٥/٦).

[4] - في (ن،ع): "جنس" ساقط.

حتى لو باع شيئاً بعشرة دراهم معلومة، ثم اشتراه قبل [نقد][1] هذه العشرة بدينار معلوم، وهذه العشرة أقل من قيمة الدينار، لا يجوز[2]، بخلاف ما إذا باعه بعروض.

٧٢٩- وإذا كان الغالب على الدراهم الفضة فهي فضة، وإذا كان الغالب على الدنانير الذهب فهي ذهب، ويعتبر فيهما من تحريم التفاضل ما يعتبر في الجياد، حتى لا يجوز بيع الخالصة بها، والبيع بعضها ببعض إلا متساوياً في الوزن، وكذا لا يجوز الاستقراض بها إلا بالوزن تحرزاً عن الربا، وإن كان الغش قليلاً لا يعتبر الغش، لأن الدراهم والدنانير لا تخلو عن قليل الغش[3]، لأنها لا تنطبع إلا به، أو يكون الغش فيه خلقة فيلحق بالرداءة. وحكمه حكم الخالص منها في حق الصرف.

٧٣٠- وإن كان الغش مساوياً الفضة فإذا[4] باعه بالفضة الخالصة ينبغي أن تكون الفضة الخالصة أكثر من الفضة في المغشوش حتى يكون الأكثر بمقابلة الصفر، كالسمسم مع الشيرج، وإذا لم يعلم مافيه لا يجوز بيعه بفضة خالصة لما فيه من وهم الربا.

٧٣١- وإن كان الغش غالباً، فليسا في حكم الدراهم والدنانير اعتباراً للغلبة، والفضة المغلوبة فيه كالمستهلكة كما في الدراهم المموهة بالفضة، هذا إذا كانت الفضة لا تخلص من الغش، وإن كانت تخلص

---

[1] - ما بين القوسين زدناه من فتاوى النوازل ص: ٣٧٠.

[2] - في (م): "لا يجوز" ساقط.

[3] - في (ن،ع): "الغش" ساقط.

[4] - في (م): "فإذا" ساقط.

منه فليست بمستهلكة أي محترقة بالذوب، ثم ينظر إن كانت الفضة الخالصة مثل ما في المغشوش أو أقل لا يجوز لما فيه من وهم الربا، أو إن لم يعلم مافيه منها لا يجوز أيضاً لما فيه من وهم الربا، أو إن كانت الخالصة أكثر منه فيجوز كما في السيف المحلى بالفضة إذا كان لا يتخلص منه إلا بالضرر، وهذا إذا بيعت بالفضة الخالصة.

٧٣٢- أما إذا بيعت بجنسها متفاضلاً يجوز، لأنهما جنسان مختلفان، فيصرف كل جنس إلى خلاف جنسه تصحيحاً للعقد، ولكنه يشترط القبض في المجلس لوجود الفضة من الجانبين. فإذا شرط القبض في الفضة يشترط في الصفر أيضاً، قال شيخ الإسلام برهان الدين[١]: لم يفتوا مشايخنا رحمهم الله بجواز ذلك في العادات[٢] كيلا ينفتح باب الربا، ثم إن كانت تروج بالعد فالتبايع والقرض بالعد، وإن كانت تروج بالوزن

---

[١] - هو عبد العزيز بن عمر بن مازة، برهان الأئمة وبرهان الدين الكبير، أبو محمد، يعرف بالصدر الماضي، أخذ العلم عن السرخسي والحلواني، وتفقه عليه ابناه الصدر السعيد تاج الدين أحمد، والصدر الشهيد حسام الدين عمر، وظهير الدين الكبير على بن عبد العزيز المرغيناني (ر: الفوائد البهية:ص/ ٩٨، والجواهر المضية ٢/١٠١).

[٢] - كذا في النسخ الثلاث وفي الهداية هنا: العدالى والغطارفة، أي الدراهم الغطرفية (الهداية مع فتح القدير ٧/١٤٤، دار الكتب العلمية بيروت)، وقال ابن عابدين: لم يفتوا بجواز ذلك مع أن الغش فيها أكثر من الفضة، لأنها أعز الأموال في ديارنا فلو أبيح التفاضل فيها ينفتح باب الربا الصريح (رد المحتار مع الدر المختار ٧/٥٣٢، مطلب: مسائل في المقاصة، ط بيروت - لبنان).

فالمعتبر فيه الوزن، وإن كانت تروج بهما فالمعتبر كل واحد منهما، فما دامت تروج تكون ثمناً لا يتعين بالتعيين، وإن كانت لا تروج تكون سلعة تتعين بالتعيين، ولو كانت يقبلها بعض دون بعض، فهي بمنزلة الزيوف، ولا يتعلق العقد بعينها[1]، بل بجنسها زيوفاً، هذا إذا كان يعلم البائع بحالها لتحقق الرضا، وإن كان لا يعلم يتعلق العقد بجنسها من الجياد لعدم الرضا به.

٧٣٣- ولو باع فضة بفضة، أو ذهباً بذهب، [وأحدهما أقل][2] ومع أقلهما شيء آخر يبلغ الباقي الزائد في الطرف الآخر، يجوز بلا كراهة، {وإن كان لا يبلغ يجوز مع كراهة[3]}، وإن كان مما لا قيمة له كالتراب لا يجوز.

٧٣٤- وإذا اشترى بالمغشوش سلعة، ثم كسدت بطل البيع عند أبي حنيفة رحمه الله[4]، لأنه لما بطلت الثمنية باصطلاح الناس، بقي العقد

---

[1] - في (ن،ع): "بعينها" ساقط.

[2] - ما بين القوسين ساقط من النسخ الثلاث وزدناه من الهداية تصحيحاً للمتن (الهداية مع فتح القدير ١٤١/٧، ط بيروت).

[3] - ما بين القوسين ساقط في (م).

[4] - وقالا: لا يبطل البيع، لأن المتعذر إنما هو التسليم بعد الكساد، وذلك لا يوجب الفساد (البحر ٢٠١/٦) وبه يفتى رفقا بالناس (الدر المختار بهامش الرد ٤٤١/٤، ط نعمانية) وفي النهر: وتاخير صاحب الهداية دليله ظاهر في اختيار قولهما (الدر المنتقى بهامش مجمع الأنهر ١٢٢/٢) والكساد لغةً كما في المصباح من كسد الشي يكسد من باب قتل، لم ينفق لقلة الرغبات، فهو

بلا ثمن فيبطل، فإذا بطل يجب رد المبيع إن كان قائماً، وإن كان هالكاً يجب رد قيمته كما في البيع الفاسد[1]، أو تقول:[2] كما كسدت صارت سلعة ومبيعاً، والمبيع في الذمة لا يجوز إلا بالسلم، كذا ذكر في شرح أبي نصر البغدادي[3].

٧٣٥- ويجوز البيع بالفلوس النافقة، لأنها ثمن باصطلاح الناس وإن لم تتعين، وإن كانت كاسدة لم يجز البيع بها حتى يعينها، وإذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت بطل البيع عند أبي حنيفة رحمه الله كما قلنا في الدراهم المغشوشة، فإذا بطل البيع يجب رد عينها عنده، وعند أبي يوسف رحمه الله قيمتها يوم القبض، وعند محمد رحمه الله قيمتها يوم الكساد، لأنه لما تعذر رد عينها كما قبض فيجب رد قيمتها، فقول محمد

كاسد، وفقهاً: أن يترك المعاملة بها في جميع البلاد، وإن كانت تروج في بعض البلاد لا يبطل، لكنه تعيب إذا لم ترج في بلدهم، فتخير البائع إن شاء أخذه، وإن شاء أخذ قيمته (البحر ٢٠١/٦) ثم إن مثل الكساد حكم الانقطاع عن أيدي الناس، والفلوس النافقة إذا كسدت، وجرى اختلاف بين الأئمة فيها أيضا كالكساد، وحد الانقطاع أن لا يوجد في السوق، وإن كان موجودا في يد الصيارفة وفي البيوت (ر: التبيين ١٤٣/٤).

[1] - "الفاسد" ساقط في (ن،ع).

[2] - في (ن،ع): "ويقول".

[3] - لم أجد هذا الكتاب ولم أعثر على تعريف به ولا على مؤلفه صراحة، لعله تصنيف هبة الله بن على بن محمد بن أحمد، أبو نصر البغدادي، المولود (٤٠٢هـ/١٠١٢م) والمتوفى (٤٨٢هـ/١٠٨٩م) له تخريجات وخطب وتصانيف كثيرة (ر: الأعلام ٨٤/٨، ومعجم المؤلفين ١٤١/١٣).

رحمه الله، فيه نظر[1]، وقول أبي يوسف رحمه الله أيسر[2]، وفي الاستقراض يجب رد عينها عند أبي حنيفة[3] رحمه الله، لأنه عارية في يده[4].

٧٣٦- ولو اشترى بالفلوس درهماً، فقبض الدرهم ولم يقبض الفلوس ثم كسدت، بطل البيع بالإجماع.

٧٣٧- والفلس بالفلسين لا يجوز عند محمد كالدرهم بالدرهمين، وعندهما يجوز[5]، لأنه بطلت الثمنية باصطلاح المتعاقدين، فبقي سلعة كالجوزة بالجوزتين، والله أعلم.

---

[1] – وفي النسخ الثلاث: "نظر" والصواب ما كتبناه كما قال المصنف في الهداية: وقول محمد أنظر للجانبين، وقول أبي يوسف أيسر (انظر للتفصيل في الهداية في أواخر باب الصرف).

[2] – في الذخيرة: الفتوى على قول أبي يوسف (البحر ٢٠١/٦) وفي الدر المنتقى: بقول أبي يوسف يفتى (١٢١/٢) وفي المحيط والتتمة والحقائق: بقول محمد يفتى رفقا بالناس(البحر٢٠١/٦)، والفتوى على قوله كما في الخانية بهامش الهندية (٢٥٣/٢)، والبزازية والفتاوى الصغرى (الدر المختار ورد المحتار ٢٤٣/٤، ط نعمانية).

[3] – وفي (ن،ع): "أبي يوسف" محل" أبي حنيفة".

[4] – خلافا لهما، وعندهما تجب قيمتها (ر: الهداية ٩٤/٣) وعليه الفتوى، وهو اختيار المؤلف، لأن في الهداية أخر دليلهما، وهو ظاهر في اختيار قولهما، وبه أخذ الحصكفي، وأقره العلامة ابن عابدين الشامي (ر: الدر المختار مع الرد ٢٧٠/٥).

[5] – ولم أعثر على ترجيح واحد منهما، ولكني أرى أن يعمل على قول محمد سدا للذريعة.

مسائل متفرقة

٧٣٨- ومن اشترى أرضا بكل حق هو لها، لا يدخل الزرع والثمر، لأنهما ليسا من حقوق الأرض، وكذا البذر تحت الأرض[١] قبل النبات[٢].

٧٣٩- ولو اشترى داراً بكل حق هو لها لم تدخل الرحى فيه، وفي بيع الضيعة تدخل[٣]، والمنقول والمدفون في الدار لا يدخل في بيعها كالدرة في بطن السمك، فالسُّلَّم المشترك لا يدخل فيه، والكلأ لا يدخل في بيعها عندنا، ولا يجوز بيع الكلأ قبل القطع والإحراز ويجوز بيع القصيل[٤] قبل أن يتناول المشافر[٥] والمناجل[٦] وفيه اختلاف[٧].

---

[١] - في (م): "التراب" بدل" الأرض".

[٢] - قال قاضيخان في بيع الأرض مطلقا: "فما كان على ظاهر الأرض لا يدخل في بيع الأرض، وأما ما كان مغيبا من الأرض من أصوله، اختلفوا فيه، والصحيح أنه يدخل" (الخانية بهامش الهندية ١٤٧/٢، ٢٤٤).

[٣] - أى رحي ماء، لأن ذلك يعد من توابع الضيعة (الخانية بهامش الهندية ٢٣٥/٢).

[٤] - القصيل بفتح فكسر: المقصول من الزرع الأخضر، يجز لعلف الدواب (معجم لغة الفقهاء ص: ٣٦٥) والجمع قصلان (لسان العرب ٥٥٨/١١).

[٥] - المشفر: المنعة والقوة والشدة والهلاك، وبه يفسر ما قاله الميداني، تركته على مشفر الأسد، ومنه الشفرة بالفتح والكسر: السكين العظيم، وما عرض من الحديد وحدد، ج شفار بالكسر (ر: تاج العروس ٣٠٨/٣).

[٦] - المنجل: ما يحصد به (الصحاح ٢٨٢٦/٥) وفي تاج العروس: ذات أسنان، يقضب بها الزراع (١٢٧/٧).

[٧] - ذهب بعضهم إلى عدم الجواز منهم شيخ الإسلام وشمس الأئمة، وبعضهم

٧٤٠- ويجوز بيع قوائم الشجر عليه، وبيع الصوف على ظهر الغنم عند أبي يوسف رحمه الله[١].

٧٤١- ويجوز بيع الكلب والفهد والقرد[٢] والسباع المعلم وغير المعلم عندنا، لأنه منتفع به حراسة واصطياداً، بخلاف الهوام كما مرّ، وقال أبو يوسف رحمه الله: لا يجوز بيع[٣] الكلب العقور، وقال الشافعي

إلى الجواز، وبه أخذ القدوري والإسبيجابي، ودل عليه نص محمد، وصححه البزازي (ر: البزازية بهامش الهندية ٣٧٧/٥) ويعلم ترجيحه من قول ابن نجيم، قال: بخلاف القصيل لأنه يقلع فلا تنازع، فجاز بيعه قائما على الأرض (البحر ٧٥/٦) ثم تعامل به الناس اليوم، فيجوز كما جاز بيع الكراث وقوائم الخلاف لمكان التعامل (ر: الخانية بهامش الهندية ٢٤٩/٢).

١ - والمتون على خلافه بأن الصوف على ظهر الغنم لا يجوز بيعه، ويومئ إلى ترجيحه عبارة الهداية (٣٦/٣) وشرحها فتح القدير(٥١/٦) والعيني (٨٣/٣)، ويؤيده حديث مرفوع رواه الطبراني عن ابن عباس:" ولا يباع صوف على ظهره" (نصب الراية ١١/٤) أخرجه البيهقي عنه، وتكلم في عمر بن فروخ أحد رواته، جاء في سنده أنه ليس بقوي (باب ماجاء في النهي عن بيع الصوف على ظهر الغنم ٣٤٠/٥) قال العيني: قلت: نقل الذهبي توثيق عمر بن فروخ عن أبي داود وابن معين، وأبي حاتم (٨٥/٣) ولأنه قبل الجز ليس بمال متقوم في نفسه، لأنه بمنزلة وصف الحيوان، لقيامه به كسائر أطرافه، ولأنه يزيد من أسفل، فيختلط المبيع بغيره (التبيين ٤٦/٤)، وأما الصوف المجذوذ فإنه يجوز بيعه على جميع الروايات، (العيني ٨٥/٣).

٢ - وفيه روايتان: الأصح جواز بيعه إذا لم يقصد به التلهي (ر: رد المحتار ٢٢٧/٥).

٣ - في (ن،ع): "بيع" ساقط.

رحمه الله: لا يجوز بيع الكلب كالخنزير[1]، لأنه نجس العين.

٧٤٢- ولابأس ببيع عظم الميتة وقرنها وعصبها وصوفها وشعرها والانتفاع بها (إلا عظم الفيل، فإنه لا يجوز بيعه، ولكن يجوز الانتفاع به عند محمد رحمه الله[2]، أما شعر الخنزير لا يجوز بيعه ولكن يجوز الانتفاع به للخرازين[3] للضرورة عند أبي يوسف رحمه الله[4]).

٧٤٣- ولا يجوز بيع شعر الآدمي والانتفاع به في وجه من الوجوه، وهو طاهر عندنا، خلافاً للشافعي رحمه الله[5].

٧٤٤- العنان[6] يدخل في بيع الحمار، والإكاف لا يدخل إلا أن يكون مؤكفا وقت البيع، الدلاء و القصاع لا يدخل في بيع الحمام، ألواح

---

[1] - فلا يجوز بيع..... والكلب والخنزير والأعيان النجسة (فتح العزيز مع المجموع ١١٣/٨).

[2] - لا بيعه، لأنه نجس العين عند محمد كالخنزير، وعندهما بمنزلة السباع حتى يباع عظمه وينتفع به (ر: البحر ٨١/٦، الهداية مع فتح القدير ٣٩٢/٦ في البيع الفاسد) ونقل ابن عابدين جواز بيع الفيل مطلقا بالإجماع (رد المحتار ٢٢٦/٥).

[3] - اليوم اندفعت الضرورة من الانتفاع بشعر الخنزير، لما حدثت أشياء تحقق هدف الخياطة.

[4] - ما في القوسين ساقط في (م).

[5] - لم أجده صريحا في الكتب الشافعية، ولكنه يتفرع على ما قالوا في شرط العقد بأن يكون المعقود عليه طاهرا منتفعا به (ر: فتح العزيز مع المجموع ١١٢/٨) وشعر الآدمي طاهر مطلقا على القول الجديد الصحيح (ر: المجموع ٢٨٦/١، ط الارشاد) فيصح بيعه عندهم.

[6] - في (ع): "العتاب".

الحانوت تدخل في بيع الحانوت استحساناً، سواء باعه بمرافقه أولا، لأنها مركبة معنى.

٧٤٥- أصول الشجر في البيع لا تدخل إلا بالشرط، وفي الإقرار يدخل، وحشيش المبطخة لا للبائع ولا للمشتري لأنه مباح، إلا أن للمالك أن يمنع الغير عن دخول ملكه، وكذا إذا باض الطير فيه أو تكنس ظبي فيه، بخلاف النحل إذا عسل فيه، أو الماء إذا دخل فيه وصار ملحاً.

٧٤٦- والصك[١] القديم وهو ملك البائع لا يدخل في بيع الدار، ولا يجبر على تسليمه إلى المشتري، ولهذا تصح به الكفالة، ولا يجبر البائع على كتابة الصك والإشهاد[٢]، ولو جاء العدول إليه ليس له الامتناع من الإقرار وإشهاد شاهدين.

٧٤٧- ولو اشترى لحماً أو سمكاً أو شيئاً من الثمار فغاب المشتري، فإن خشي البائع فساده وسعه أن يبيعه من آخر، والنقصان عنه موضوع.

٧٤٨- ولو باع عبداً وغاب المشتري قبل نقد الثمن وأقام البائع البينة أنه باع ولم يقبض الثمن، فإن كانت غيبة معروفة لم يبعه القاضي، لأنه لا يمكن إيصال[٣] حقه إليه من غير بيع، وإن لم يدر أين هو؟ يبيعه القاضي وأوفى حقه، كما إذا مات الراهن، أو يكون المشتري مفلساً، ثم إن فضل شيء من ثمنه فهو للمشتري، لأنه بدل ملكه.

---

[١] - الصك: الكتاب، ج: أصك وصكوك، وصياك (القاموس المحيط ص: ١٢٢٢).

[٢] - في (م): "والشهادة" بدل "والإشهاد".

[٣] - في (م): "اتصال" بدل "إيصال".

٧٤٩- رجل باع عبداً بطعام معين، فلم يتقابضا حتى أكل العبد الطعام، صار البائع مستوفياً الثمن، بخلاف ما إذا رهن الدابة بشعير، فأكلت الدابة الشعير لم يسقط الدين عنه.

٧٥٠- وما يجري من المماكسة[١] في البيع لا بأس به، الورام المعهود[٢] بين التجار في القطن ونحوه يجوز إذا علم البائع[٣] به.

٧٥١- البيع بالرقم[٤] لا يجوز إذا لم يعلمه، فإذا علمه في المجلس يجوز، لأن الفساد لم يتقرر، بخلاف ما إذا علم بعد الافتراق حيث لايجوز، لأن الفساد قد تقرر، فلا يقبل الإصلاح.

٧٥٢- متاع الدار في الدار يمنع تسليمها، وكذا الزرع في بيع الأرض.

٧٥٣- ولو اشترى مائة منّ من الخبز، إن دفع الدراهم أولاً، ويأخذ كل يوم عشرة أمنان يجوز، وإن لم يدفع الدراهم إليه ويأخذ كل يوم عشرة أمنان لا يجوز.

٧٥٤- رجل باع الثوب وقال: هذا بعشرة، فقال المشتري: بتسعة،

---

[١] - المماكسة: مفاعلة من ماكس فلانا في البيع: طلب منه أن ينقص الثمن، المطالبة بإنقاص الثمن (معجم لغة الفقهاء ص:٤٦٠).

[٢] - في (ن،ع): "العهود" بدل "المعهود".

[٣] - والصواب: "المشتري".

[٤] - الرقم: بسكون القاف: علامة يعرف بها مقدار ما وقع به البيع من الثمن، فإذا لم يعلم المشتري ينظر إن علم في مجلس البيع نفذ، وإن تفرقا قبل العلم بطل (رد المحتار مع الدر المختار ٦٥/٧، كتاب البيوع مطلب: البيع بالرقم).

فإن سلم البائع إليه فهو بتسعة، وإن أخذه المشتري فهو بعشرة، وإن قال المشتري: لا أرضى بعشرة وأخذه لا يكون بيعاً، وكان شداد رحمه الله[١] إذا اشترى جارية يتزوجها وقال: ما أدري حالها، فلعلها حرة، أو جرى على لسان المالك لفظ الحرية وهو لا يدري.

٧٥٥- تفسير المبيع[٢] نسمة: وهو أن يباع العبد ممن يعلم أنه يعتقه، لا أن يشترط فيه[٣]، فلو شرط فيه يفسد البيع عندنا خلافاً للشافعي[٤]، ثم لو أعتقه المشتري ينفذ جائزاً عند أبي حنيفة رحمه الله خلافاً لمالك[٥]، لما أن الإعتاق من حيث الحكم يلائم العقد، لأنه منه للملك، والشيء بانتهائه يتقرر[٦].

٧٥٦- وإن دخل حربي دارنا بأمان، ومعه أخته أو ابنته يبيعها، لم يسعه الشراء، ولو كان في دار الحرب يسعه إذا كان حكم دارهم

---

[١] - هو شداد بن حكيم البلخي القاضي، كان من أصحاب الإمام زفر، مات سنة عشر، وفي رواية عشرين ومائتين من الهجرة (ر: الفوائد البهية ص: ٨٣، والجواهر المضية ٤١٣/١).

[٢] - في (ن،ع): "المبيع" ساقط.

[٣] - في (ن،ع): "فيه" ساقط.

[٤] - الصحيح المشهور من مذهبنا صحة البيع والشرط (المجموع ٤٥١/٩).

[٥] - قال مالك: إن كان اشتراه على إيجاب العتق، لزمه العتق، وإن كان لم يشتره على إيجاب العتق كان له أن لا يعتقه وأن يبدله بغيره (المدونة الكبرى ٢١٢/٣).

[٦] - انظر للتفصيل الهداية مع شرح فتح القدير والعناية ٤٠٩/٦، باب البيع الفاسد، طبع دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان.

هكذا، والمختار أنه لا يسعه الشراء، لأن الحربي لا يملك قريبه بالقهر، {وإن أخرجه بالقهر[1]} إن اعتقد جواز بيعه يسعه أن يشتري منه، هو الصحيح، وإن كان غير قريبه من الأحرار منهم، إن كان الحكم [عندهم أن][2] يملكونه بالقهر، يسعه الشراء وإلا فلا.

٧٥٧- وتفسير بيع العينة[3]: وهو أن للرجل على آخر عشر دراهم مثلاً، فأراد أن يؤجله إلى سنة ويأخذ منه ثلاثة عشر درهماً، ينبغي أن يشتري بتلك العشرة متاعاً منه، ويقبضه وقيمته عشرة، ثم يبيع منه بثلاثة[4] عشر درهماً إلى أجل، وقيل: تفسيره وهو: أن المستقرض طلب من آخر عشرة دراهم، فيتأبى[5] عليه، ويبيع منه ثوباً يساوي عشرة بخمسة عشر رغبة في نيل الزيادة، ليبيعه المستقرض بعشرة ويتحمل خمسة دراهم، وهو مكروه، لما فيه من الإعراض عن الإقراض[6] إلى بيع العين، قيل: كل حيلة لا يؤذي[7] المديون إذا باع ماله من غريمه تقع

---

[1] - ما بين القوسين ساقط في (ن،ع).

[2] - ما بين القوسين زدناه توضيحاً للعبارة.

[3] - العينة بكسر العين و فتح النون هي عند البعض: العدول عن القرض إلى بيع عين بذاتها للمستقرض بسعر أغلى، وعند البعض: بيع الشيء نسيئة بثمن ثم شراؤه ممن باعه إياه نقدا بثمن أقل (ر: معجم لغة الفقهاء ص: ٣٢٦).

[4] - في (م): "ثلاثة عشر"، بدون الباء.

[5] - وفي (ن،ع): "فيباجى عليه".

[6] - "عن الإقراض" ساقط في (م).

[7] - في (م): "لا يؤدي".

المقاصة بينهما.

٧٥٨- بيع الوفاء[١]: رهن في الحقيقة وإن سموه بيعاً احتيالاً للربا، والمشتري مرتهن، لا يحل له الانتفاع به، إلا أن يأذن له البائع فيه، والمشتري ضامن في الثمرة إذا هلكت في يده، لأنه مرتهن في الحقيقة، والمعتبر للمعاني والمقاصد لا للصور والألفاظ، كالكفالة بشرط إبراء[٢] الأصيل حوالة، والحوالة بشرط بقاء الدين على المحيل كفالة، وبعضهم جوزوا هذا البيع مخلصاً عن الربا، والمخلص عن الربا أحسن.

٧٥٩- وعلى هذا باع ديناراً بدينار جيد، ودرهماً بدرهم جيد، وضم[٣] مع الردئ شيئاً آخر بمقابلة الجودة، ينظر إن كان فيه الشيء يبلغ الجودة يجوز بلا كراهة، وإن لم يبلغ يجوز مع الكراهة.

٧٦٠- وكذا في مال الربويات، روى عن النبي -ﷺ- أنه قال لرجل:" أربيت أربيت[٤]"، وهو كان اشترى صاعاً من تمر بصاعين من تمر، فقال:" هلا بعت تمرك بسلعة، ثم ابتعت بسلعتك تمراً"[٥]، فالحاصل

---

[١] - وجه تسميته بيع الوفاء أن فيه عهدا بالوفاء من المشتري بأن يرد المبيع على البائع حين رد الثمن وصورته: أن يقول البائع للمشتري: بعت منك هذا العين بمالك علي من الدين على أني متى قضيته فهو لي (رد المحتار مع الدر المختار، باب الصرف، مطلب في بيع الوفاء).

[٢] - في (ن،ع): "ابراة"، وفي (م): "براءة".

[٣] - "ضم" ساقط في (م).

[٤] - في (ن): "ان تبت ارتيت" وفي (م): "أربيت أرابيت".

[٥] - لم أجده بهذا اللفظ، روي معناه عن أبي سعيد الخدري من عدة طرق،

أن كل حيلة لا تؤدي إلى الضرر بأحدهما يجوز تمسكاً بهذا الحديث، وإن كان يؤدي إلى الضرر بأحدهما لا يجوز ديانةً، وإن جاز في الفتوى.

٧٦١- رجل اشترى بألف مثقال ذهب وفضة يجب من كل واحد منهما خمس مائة مثقال، لأنه أضاف المثقال إليهما على السواء، ولو اشترى بألف من الذهب والفضة يجب من الذهب وزن مثقال، ومن الفضة وزن سبعة[١]، لأنه أضاف الألف إليهما فينصرف إلى الوزن المعهود فيهما.

فأخرجه عنه أحمد في مسنده أنه قال: جاءه -ﷺ- صاحب تمرة بتمر طيب، وكان تمر النبي -ﷺ- يقال له اللون، قال: فقال له رسول الله -ﷺ-: "من أين لك هذا التمر الطيب"، قال ذهبت بصاعين من تمرنا، واشتريت صاعا من هذا، قال، فقال له رسول الله -ﷺ- أربيت" (٣/١٠، انظر٣/ ٤٥، ٦٠، ٦٦، ٦٧) وأخرج البيهقي عنه قال: قال رسول الله -ﷺ-: "أربيت، إذا أردت ذلك فبع تمرك بسلعة، ثم اشتر بسلعتك أي تمر شئت" (السنن الكبرى: باب من قال بجريان الربا في كل ما يكال ويوزن ٥/٢٨٦).

[١] - في (ن،ع):" ببيعة" محل" سبعة".

كتاب الشفعة

٧٦٢- الشفعة من الشفع، وهو الضم، هو ضد الوتر، سميت بها لما فيها من ضم المشتراة إلى دار الشفيع.

٧٦٣- وسببها: الاتصال بالشركة أو بالجوار.

٧٦٤- وشرطها: عقد المعاوضة، حتى لا يستحق بالمهر والهبة إلا بشرط العوض[١].

٧٦٥- وركنها: أخذ الشفيع إما من البائع أو من المشتري بحكم الحاكم أو بالتراضي، لأن الملك ثبت للمشتري بالعقد، فلا ينتقل منه إلى الشفيع إلا بالتراضي أو بحكم الحاكم كالرجوع في الهبة، ولهذا لو مات الشفيع قبل حكم الحاكم بها، بطلت شفعته عندنا، خلافاً للشافعي[٢].

٧٦٦- والشفعة واجبة للخليط أي ثابتة له بالعقد استحساناً، حتى لو سلم الشفيع الشفعة قبل العقد، فتسليمه باطل، وله الشفعة بالعقد،

---

[١] - ومن شرائطها أن يكون المبيع عقارا أو ما هو بمعناه، وزوال ملك البائع عن المبيع وحقه عنه، وملك الشفيع وقت الشراء في الدار التي يأخذ بها الشفعة، وظهور ملك الشفيع عند الإنكار بحجة مطلقة وأن لا تكون الدار المشفوعة ملكا للشفيع وقت البيع، وعدم الرضا من الشفيع بالبيع أو بحكمه صريحا أو دلالة (ر: الهندية ٥/١٦٠، ١٦١).

[٢] - قال الشيرازي: "وإن مات الشفيع قبل العفو والأخذ، انتقل حقه من الشفعة إلى ورثته" (المهذب مع المجموع ١٥/١٢٣، ط الإرشاد).

والقياس يأبى جواز الشفعة لما فيه من تملك مال الغير بغير رضاه.

٧٦٧- والخليط هو الشريك، ثم الحق يثبت مرتباً كدين الصحة والمرض، أولاً يثبت للخليط في نفس المبيع، لأنه أقوى من الشريك في حق المبيع، وعن أبي يوسف رحمه الله أن مع وجود الشريك في نفس المبيع لا شفعة لغيره سواء طالبه أو تركه، لأنه يحجب غيره، ثم للشريك في حق المبيع إذا كان خاصاً، لأن الشفعة إنما تجب لدفع ضرر الدخيل، وذلك إنما يكون بالاتصال على الدوام، إذ هو مادة المضار، إلا أن ضرر الاتصال في نفس المبيع أقوى من الضرر في حق المبيع، ولا اعتبار لقلة الأنصباء وكثرتها عندنا، خلافاً للشافعي رحمه الله[١]، وإنما الاعتبار للقوة.

٧٦٨- أما الطريق الخاص فهو أن لا يكون نافذاً، وأما الشرب الخاص فهو أن يكون النهر بين مائة نفر، فهو خاص، وإن كان[٢] أكثر منه فهو عام، وقيل: ذلك مفوض إلى رأي الإمام[٣]، والشفعة في الخاص

---

[١] – فيه قولان: الأول أنه يقسم بينهم على عدد الرؤس، وهو قول المزني، والثاني: أنه يقسم بينهم على قدر الأنصباء (ر: المهذب مع المجموع ١٥/١٦٦).

[٢] – في (ن،ع): "كان" ساقط.

[٣] – اختلفوا في تعريفه، فقال المؤلف في الهداية: "الشرب الخاص أن يكون نهرا لا تجري فيه السفن، وما تجري فيه فهو عام، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد، وعن أبي يوسف أن الخاص أن يكون نهراً يسقى منه قراحان أو ثلاثة، وما زاد على ذلك فهوعام (٣/٣٧٤) وقيل: الخاص ما يتفرق ماؤه بين الشركاء

للجميع على السواء.

٧٦٩- ولو سلم البعض فالشفعة للباقين على عدد رؤوسهم، ولو كان بعضم غائباً، يقضى بين الحضور على عدد رؤوسهم.

فإن حضر واحد منهم وطلب نصيبه يأخذ نصيبه، وإن كان [الطريق][١] عاماً فالشفعة للجار الملاصق دون الجار المقابل، ثم للجار[٢] الملاصق، وغير الملاصق أن يكون الطريق نافذاً، و[٣] أسفل الزقاق وأعلاه، والقريب منه والبعيد سواء، وعن شريح[٤] أنه يعتبر القوة، وعند

ولا يبقى إذا انتهى إلى آخر الأراضي ولا يكون له منفذ، والعام مـا يتفـرق ويبقى وله منفذ (مجمع الأنهر ٤٧٣/٢) وقيل: إذا كان أهله لا يحصون فهـو كبير، وإن كان يحصون فهو صغير، وعليه عامة المشايخ، لكن اختلفوا فـي حد ما يحصى وما لا يحصى..... قيل: هو مفوض إلى رأي المجتهدين فـي كل عصر، إن رأوهم كثيرا كانوا كثيرا، وإن رأوهم قليلا كانوا قليلا، وهـو أشبه الأقاويل (التبيين ٢٤٠/٥، ٢٤١) قال الطوري: وهو أشـبه الأقاويـل بالفقه (البحر ١٢٦/٨)، وهو الأصح كما في مجمع الأنهر والدر المنتقى نقلا عن المحيط (١٤٠/٢) والظاهر أن المـراد بالمجتهـد الحـاكم ذي الـرأي المصيب للعلم، لانقطاع المجتهد المصطلح عليه (ر: رد المحتـار ١٤٠/٥، ط: نعمانية).

[١] – ما بين القوسين زدناه تصحيحاً للعبارة.

[٢] – في (م): "ثم للجار والملاصق وغير والملاصق" الخ.

[٣] – في (ن،ع): "أو" بدل "و".

[٤] – هو شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم بن معاوية بن عامر الكنـدي، أبـو أمية، القاضي، الفقيه، المتوفى (٧٨هـ/٦٩٧م) أصله من اليمن، ولي قضاء

الشافعي رحمه الله لا شفعة للجار أصلاً[1].

٧٧٠- ولا شفعة فيما لا يقسم كالبئر والنهر والرحى والطريق والطاحونة[2].

٧٧١- دار فيها منازل وباب الدار إلى زقاق[3]، غير نافذ[4]، وأبواب المنازل كلها إلى هذه الدار، وكل منزل منها لرجل إلا منزلاً واحداً بين رجلين، وله جار ملاصق وراء ظهره، وبابه في زقاق آخر، فباع أحد

الكوفة، لم يبرح قاضيا حتى استعفى في أيام الحجاج، فأعفاه سنة ٧٧هـ، روى عن عمر وعلي وابن مسعود وغيرهم، وعنه الشعبي وابن سيرين وإبراهيم النخعي وآخرون، وثقه ابن معين والعجلي، وذكره ابن حبان في الثقات. والكندي بكسر الكاف: نسبة إلى كندة، وهو ثور بن مرتع بتشديد التاء، الذي ينتهى إليه نسبه، وسمي كندة، لأنه كند أباه نعته أي كفرها (ر: وفيات الأعيان ٤٦٠/٢، ٤٦٣، وتذكرة الحفاظ ٥٩/١، وطبقات ابن سعد ١٣١/٦، ١٤٥، وتهذيب التهذيب ٣٢٦/٤، ٣٢٧، وحلية الأولياء ١٣٢/٤، والأعلام للزركلي ١٦١/٣).

[1] - فأما الجار والمقاسم، فلا شفعة لهما (المهذب مع المجموع ٧٧/١٥، ط الارشاد).

[2] - وفي النسخ الثلاث: "بواضحة" ولعل الصواب ما كتبناه من فتاوى النوازل: فأما ما لا تجب قسمته، كالرحى والبئر الصغير والدار الصغيرة، فلا تثبت فيه الشفعة..... والمذهب الأول (فتاوى النوازل ص: ٧٨).

[3] - الزقاق بضم الزاء: السكة، يذكر ويؤنث.....والجمع: الزقاق والأزقة، (الصحاح ١٤٩١/٤).

[4] - سقط في (م): "نافذ".

الشريكين نصيبه، فالشفعة أولاً للشريك في نفس المبيع، ثم للشريك في حق المبيع، وهو أصحاب المنازل لأهل الزقاق وهم الجار، ثم للجار الملاصق وراء ظهر الدار، ولو كان في هذه الزقاق زقاق آخر غير[1] نافذ أيضاً، فبيعت دار فيه، فالشفعة لأهلها خاصة، ولو بيعت في الزقاق الأعلى فالشفعة لأهل الزقاقين جميعاً.

٧٧٢- الشريك في الحائط مقدم على الشريك[2] في حق المبيع، والشريك في البئر له شفعة في البئر دون الدار، وبوضع الجذوع على الحائط لا يصير شريكاً في نفس المبيع، وإنما هو جار ملاصق.

٧٧٣- والشفعة تجب في العقار سواء كان مما يقسم كالدور والبساتين، أو مما لا يقسم كالحمام والبئر والنهر والطريق والرحا والطاحونة، وقال الشافعي رحمه الله: لا شفعة فيما لا يقسم[3]، لأن الشفعة[4] إنما تجب فيما يقسم لدفع ضرر مؤنة القسمة، وهذا لا يتحقق فيما لا يقسم.

---

[1] - سقط في (م): "غير".

[2] - في (م): "الزقاق" محل "الشريك".

[3] - ر: (المهذب مع المجموع ١٥/٧٨، ط الارشاد).

[4] - في (ن،ع): "لأن الشفعة" ساقط.

فصل في طلب الشفعة

٧٧٤- وإذا علم الشفيع بالبيع، أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة، وهو طلب المواثبة، والإشهاد فيه ليس بلازم، وإنما المطالبة شرط فيه، ويثبت له الطلب ببيع البائع سواء يثبت للمشتري الملك أو لم يثبت، والعلم يثبت بإخبار رجل عدل[١] أو بإخبار رجلين مستورين عند أبي حنيفة رحمه الله، والاختلاف فيه كالاختلاف في عزل الوكالة.

٧٧٥- ويصح الطلب بأي لفظ يفهم منه الطلب، مثل قوله: أنا أدعي الشفعة، أو أنا أنازعك فيها، وهو أن يطلبها فيه كما علم، حتى لو بلغه البيع[٢]، ولم يطلبها بطلت شفعته، {لقوله عليه السلام[٣]}: "الشفعة لمن واثبها"[٤]، وهو عبارة عن المبادرة والمسارعة وهو يجب على الفور، هكذا روي عن

---

[١] - قال المؤلف في الهداية: وقالا: "يجب عليه أن يشهد إذا أخبره واحد حرا كان أو عبدا، صبيا كان أو امرأة، إذا كان الخبر حقا" (٣٧٧/٤) وكذا في التبيين (٢٤٣/٥) ويشترط للعلم عنده أحد شرطي الشهادة، وهو العدد أو العدالة، وعندهما الإعلام الذي يحصل بخبر واحد، عدلا كان أو لم يكن(الخانية بهامش الهندية ٥٣٧/٣) لأنه من أخبار المعاملات، وجه قول الإمام أن فيه إلزاماً من وجه دون وجه (ر: التبيين وعليه حاشية الشلبي ٢٤٣/٥).

[٢] - وفي النسخ الثلاث: "البائع" والصحيح ما كتبناه.

[٣] - ما بين القوسين ساقط في (م).

[٤] - أخرجه عبد الرزاق في مصنفه من قول شريح قال:" إنما الشفعة لمن واثبها"، وقال: وهو قول عمر (البيوع، باب الشفيع يأذن قبل البيع ٨٣/٨) وقال الزيلعي: غريب..... كذلك ذكره القاسم بن ثابت السرقسطي في "كتاب غريب الحديث" في باب كلام التابعين (نصب الراية ١٧٦/٤).

أبي حنيفة رحمه الله وهو ظاهر المذهب، وعن محمد رحمه الله أن يتوقف[1] إلى آخر المجلس، فإن قام منه أو اشتغل بشيء آخر بطلت شفعته، وهو الصحيح[2]. ولو قرأ كتاب الشراء إلى آخره بطلت شفعته، ولو قال: الحمد لله، أو قال: سبحان الله، أو قال: لا حول ولا قوة إلا بالله، لا تبطل شفعته، ولو قال عند لقاء المشتري: كيف أصبحت، أو قال: السلام عليك، لا تبطل، وكذا لو قال: من ابتاعها، وبكم ابتعت؟ لا تبطل، ثم ينهض منه أي يقوم من مجلسه، ويقول: إن فلاناً اشترى هذه الدار وأنا شفيعها، وقد كنت طلبته الشفعة وأطلبها الآن وأنا طالبها فاشهدوا على ذلك[3]، وهذا

---

[1] – في (م): "أنه توقف".

[2] – ورواية عن محمد هي توافق أبا حنيفة، وهو قول أبي يوسف، وعليه عامة المشايخ، وهو ظاهر الرواية، وعليه الفتوى، وفي رواية هشام عن محمد إلى آخر المجلس للتأمل، وهو اختيار الكرخي وبعض المشايخ، وفي التجريد: هو أصح الروايتين، وعليه المتون(ر: الخانية بهامش الهندية ٥٣٧/٣، والبزازية بهامشها ١٦٠/٦، والبحر: ٨/ ١٢٨، والتبيين وعليه حاشية الشلبي ٢٤٣/٥، والدر المختار بهامش الرد ١٤٢/٥، ط نعمانية) هذا إذا كان بغير عذر وكره، وإلا لو سكت هنيهة مكرها أو بعذر لا تبطل الشفعة بلا خلاف كما يعلم من البحر (١٢٨/٨) ورد المحتار (١٤٣/٥) ويرجح كلام الجواهر طلب الشفعة على الفور، وإليه يؤمئ قول العلامة ابن عابدين الشامي: "لكن هذا القول مناسب لتسمية طلب المواثبة، ولظاهر الحديث الآتي، وظاهر الهداية اختياره، ونسبه إلى عامة المشايخ..... مع كونه ظاهر الرواية، فيقدم على ترجيح المتون" (رد المحتار ١٤٣/٥، ط نعمانية) ولأن لفظ "الفتوى" آكد من لفظ "الصحيح" (الدرالمختار بهامش الرد ٦٩٣/٥، ط باكستان).

[3] – اختلفوا في كيفية الطلب، والصحيح بأي لفظ طلب بالماضي أو المستقبل،

طلب التقرير، والإشهاد فيه لازم، حتى لو طلب طلب المواثبة وافتتح التطوع قبل الإشهاد في التقرير بطلت شفعته، ثم يشهد على البائع إن كان المبيع في يده؛ لأنه صاحب يد، أو على المشتري؛ لأنه صاحب ملك، أو عند العقار؛ لأنه هو المدعى، فإذا فعل ذلك استقرت شفعته، ويصح الطلب من المشتري وإن لم تكن الدار في يده، وهو الصحيح لوجود الملك له، ولا تسقط الشفعة بعد طلب التقرير والإشهاد بتأخير طلب الخصومة عند أبي حنيفة رحمه الله، {وعن أبي يوسف رحمه الله[1]} إذا ترك الخصومة {في مجلس الحكم بطلت[2]}، وعن محمد رحمه الله إذا تركها شهراً بعد الإشهاد بطلت شفعته، وهو قول زفر رحمه الله، والفتوى على قوله[3]، ثم يجيء

يصح إذا كان لفظه يفهم منه طلب الشفعة، وهو اختيار الفقيه أبي جعفر، والفقيه أبي الليث، والشيخ الإمام أبي بكر محمد ابن الفضل (ر: الخانية بهامش الهندية ٥٣٧/٣، والبزازية بهامشها١٦٣/٦، والبحر١٢٨/٨).

[1] – ما بين القوسين ساقط في (م).

[2] – ما بين القوسين ساقط في (م).

[3] – رجح المؤلف قول الإمام أبي حنيفة في الهداية، فقال: ووجه قول أبي حنيفة وهو ظاهر المذهب، وعليه الفتوى (٣٧٨/٤)، وفي العيني: الفتوى على قول الإمام (البحر ١٣٠/٨)، واختلفت الروايات فيه عن أبي يوسف ومحمد، والصحيح عندهما أنه مقدر بشهر، فإن أخر هذا الطلب إلى شهر من غير عذر بطلت شفعته، فجاء في الهندية عن محيط السرخسي: "والفتوى على قولهما" (١٧٣/٥)، وبه أفتى قاضيخان (الخانية بهامش الهندية ٥٤٢/٣)، ومشى عليه في الوقاية والنقاية والذخيرة والمغني، وفي الشرنبلالية عن البرهان أنه أصح ما يفتى به، قال: يعني أنه أصح من تصحيح الهداية والكافي، (رد المحتار

عند القاضي وهو طلب الخصومة، والتسليم والتمليك، فيقول: إن فلاناً اشترى هذه الدار، وذكر حدودها، فطلبت الشفعة فمره أن يسلمها إلي بشفعتي، هكذا ذكر في الفتاوى الظهيرية[1].

٧٧٦- وإذا تقدم الشفيع إلى القاضي وطلب الشفعة، سأل القاضي عنه عن موضع الدار وحدودها لأنه ادعى حقاً فيها، فصار كأنه ادعى رقبتها، فإذا بين ذلك يسأله عن سبب شفعته لاختلاف أسبابها، فإذا قال: أنا شفيعها بدار لي تلاصقها الآن صح دعواه، وقيل: تحديد الدار التي

١٤٤/٥، ط نعمانية) وعزاه القهستاني إلى المشاهير كالذخيرة والخلاصة والمضمرات وغيرها، وعلله بحاجة الناس إليه (ر: جامع الرموز ٣٤١/٣) وفي الجامع الخاني: الفتوى اليوم على قول محمد، لتغير أحوال الناس في قصد الإضرار، قال ابن عابدين الشامي: "وبه ظهر أن إفتاءهم بخلاف ظاهر الرواية، لتغير الزمان، فلا يرجح ظاهر الرواية عليه" (رد المحتار ١٤٤/٥).

[1] - هو لظهير الدين أبي بكر محمد بن أحمد بن عمر البخاري، القاضي، المحتسب ببخارى، المتوفى سنة تسع عشرة وست مائة (٦١٩هـ-١٢٢٢م) ذكر فيها أنه جمع كتابا من الواقعات والنوازل مما يشد الإفتقار إليه، وفوائد غير هذه، وجمع الشيخ العلامة بدر الدين أبو محمد محمود بن أحمد العيني المتوفى (٨٥٥هـ) منها ما يكثر الإحتياج إليه بحذف ما كثر الإطلاع عليه، وسماه المسائل البدرية المنتخبة من الفتاوى الظهيرية، قال: وهو كتاب مشتمل على مسائل كتب المتقدمين لا يستغني عنه علماء المتأخرين (كشف الظنون ١٢٢٦/٢، راجع معجم المؤلفين ٣٠٣/٨) قال العلامة عبد الحي اللكنوي: وقد طالعت من تصانيفه الفتاوى الظهيرية، فوجدته كتابا معتبرا للفوائد الكثيرة (الفوائد البهية ص: ١٥٧).

يشفع بها أيضاً شرط، ثم يسأل عن المدعى عليه، فإن اعترف بملكه الذي يشفع به، وإلا كلّفه إقامة البينة على ما ادعاه، لأن اليد ظاهرة[1] تحتمل، فلا تكفي لإثبات الاستحقاق، فإن عجز عن البينة استحلف المشتري على العلم، لأنه استحلاف على [ما في][2] يد غيره، وإن نكل عنه يثبت الجوار، ثم يسأل عنه هل ابتاع أم لا؟ فإن أنكر الابتياع قيل للشفيع: أقم البينة؛ لأن الشفعة لا تجب إلا بعد ثبوت البيع بالحجة، فإن عجز عنها استحلف المشتري على البتات؛ لأنه استحلاف[3] على فعل نفسه.

٧٧٧- ولا تكره الحيلة في إسقاط الشفعة عند أبي يوسف رحمه الله، لأنه امتناع عن الوجوب، كمن اكتسب مالاً وتصدق به مخافة أن يجب عليه الزكاة والحج، وعند محمد رحمه الله تكره، وقيل: الاختلاف قبل البيع[4]، أما بعده فمكروه بالإجماع[5]، وفي الحيلة في إسقاط الزكاة فيه أيضاً اختلاف، والصحيح فيه قول محمد رحمه الله، صورته كمن استبدل نصاب السائمة إلى غيرها.

---

[1] - في (م): "ظاهر محتمل"، وفي العناية: لأن اليد ظاهراً يحتمل أن تكون يد ملك وإجارة وعارية، والمحتمل لا يكفي لإثبات الاستحقاق (العناية مع الهداية وفتح القدير ٣٩٥/٩، باب طلب الشفعة والخصومة فيها).

[2] - ما بين القوسين ساقط في (م).

[3] - في (ن،ع): "استحلا" وفي (م): "استحلاء".

[4] - سقط "البيع" في (م).

[5] - فأما الحيلة قبل ثبوت الشفعة لا بأس بها، هو المختار؛ لأنه ليس بإبطال لحق واجب، وكذا الحيلة لمنع وجوب الزكاة، (ر: الغياثية ص: ١٥٥).

كتاب الإجارة

٧٧٨- الإجارة عقد على[١] المنافع بعوض هو مال، وإبقاء العين في ملكه على ما كان شرط، والقياس يأبى جوازها، لأن المعقود عليه المنفعة وهي معدومة، وإضافة التمليك إلى ما سيوجد لا يصح إلا أنا جوزناه لحاجة الناس إليه، فقام العين الموجود مقام المنفعة المعدومة في حق جوازها كذمة المسلم في باب السلم، قام مقام المسلم فيه في جواز السلم، وقد شهدت الآثار بصحتها، وهو أن النبي -ﷺ- بعث والناس يباشرونها، فأقرهم على ذلك، وبين أحكامها، فقال رسول الله -ﷺ-: "أعط الأجير أجره قبل أن يجف عرقه[٢]".

٧٧٩- والأموال نوعان: أعيان وأعراض، والتمليك أيضاً نوعان: تمليك العين وتمليك المنفعة، وكل واحد منهما[٣] نوعان: تمليك العين بلا عوض هبة، وتمليك العين بعوض[٤] بيع، وتمليك المنفعة بلا عوض إعارة، وتمليك المنفعة[٥] بعوض إجارة.

---

[١] - "على" ساقط في (م).

[٢] - رواه ابن ماجه عن ابن عمر نحوه، وفيه "أعطوا" بدل "أعط" (أبواب الهبة، باب أجر الأجراء ١٧٦/٢) وفي سنده عبد الرحمن، وهو ضعيف، وروي عن أبي هريرة وجابر وأنس نحوه (ر: نصب الراية ١٣٠/٤).

[٣] - في (م): "منهم".

[٤] - في (م): "بالعوض".

[٥] - وفي (م): "العين" محل "المنفعة".

٧٨٠- وعقد الإجارة ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة، لأن المنفعة عرض لا بقاء له[١] فيتملك بالعقد السابق شيئاً فشيئاً[٢] عند وجوده، ولا يتصور تسليمه بالعقد في الحال، فلا يكون محلاً للعقد، بل العين المستأجرة قام مقام المنفعة لما بينا أنه سبب لحصولها، وإقامة السبب مقام المسبب جائز، كالسفر مع المشقة.

٧٨١- ولابد من بيان المدة فيها، لأن التوقيت من شرطها، ويصح بأي مدة كانت، طالت المدة أو قصرت، إلا في الأوقاف لا تجوز الإجارة الطويلة كيلا يدعي المستأجر ملكها، وهي ما زاد على ثلاث سنين، وهو المختار[٣]، وعن الشافعي رحمه الله في قول أكثر من سنة

---

[١] - في (ن،ع): "عوض لا بقاء له".

[٢] - في (ن،ع): "فشيئا" ساقط.

[٣] - أي المختار في المذهب أى لا يزيد على ثلاث سنين، وهو اختيار مشايخ بلخ (العيني٣/٦٢٦) وبه أفتى الفقيه أبو جعفر (البحر٤/٨)، ويعلم ترجيحه من قول ابن عابدين الشامي أنه قال: وأفتى به صاحب البحر والمصنف، وأكثر كلامهم على أنه المختار المفتى به، لوجود العلة فيهما، وهي صونهما عن دعوى الملكية بطول المدة، بل هذا أولى، رملي (رد المحتار ٤/٥، ط: نعمانية) وقال الصدر الشهيد: فكان يفتي بالجواز في ثلاث سنين في الضياع إلا إذا كانت المصلحة في المنع، وفي غير الضياع كان يفتي بعدم الجواز فيما زاد على سنة واحدة إلا إذا كانت المصلحة في الجواز (التبيين ١٠٦/٥) قال القهستاني: هو المختار... فإنه أمر يختلف باختلاف الزمان والمكان، كما في المضمرات (جامع الرموز ٣٥٥/٣)، وأجاز الأكثر على ثلاث سنين، وبه قال أكثر أهل العلم، ولكن يرفع إلى الحاكم حتى يبطله، وبه أفتى الفقيه أبو الليث، كذا في التتمة (العيني ٦٢٦/٣) هذا إذا لم ينص الواقف على مدة، فلونص عليها فهو على ماشرط،

وفي قول أكثر من ثلاثين سنة[1]، وفي قول محمد رحمه الله يجوز أبداً.

٧٨٢- ثم أثر العقد يظهر في حق المنفعة ملكاً واستحقاقاً قبل وجودها، فإذا وجد ينتقل إلى المنفعة، وقال الشافعي رحمه الله: المنفعة المعدومة فيها كالموجودة عند العقد بناء على أن المنافع ملحقة بالأعيان عنده[2]، حتى يصح العقد فيها وللشارع ولاية، هذا كالنطفة في الرحم يجعله حياً حكماً في حق الإرث والعتق والوصية، كما يجعل المرتد اللاحق بدار الحرب ميتاً حكماً.

٧٨٣- ولا تصح الإجارة حتى تكون المنافع معلومة، والأجرة معلومة، لأن الجهالة فيها تفضي إلى المنازعة، كجهالة الثمن والمثمن في عقد البيع، وبيان جنس العمل بيان للمدة، كالخياط.

٧٨٤- ولابد من تسمية الزراعة ونوعها في إجارة الأرض، ولابد ممن يركب على الدابة في الركوب، وما يحمل عليها في الحمل بخلاف السكنى في الدار، فإنه لا يحتاج إلى تسمية من له السكنى لعدم التفاوت فيه، وله أن يعمل كل شيء إلا الحدادة والقصارة والطحانة، وإن أطلق الركوب جاز أن يركبها من شاء عملاً بالإطلاق، ولكن إذا ركب بنفسه، فليس له أن يركب غيره، أو أركب غيره، فليس له أن يركب بنفسه، لأنه يتعين مراده، وإن قال: على أن يركبها فلان، أو

قصرت المدة أو طالت، لأن شرط الواقف يراعي، فإن كانت المصلحة تقتضي خلافه يرفع إلى الحاكم حتى يحكم بجوازها (ر: نفس المصدر، والبحر ٤/٨).

[1] - أصح القولين هنا أن الإجارة تجوز أكثر من سنة بثلاثين سنة(المجموع ٢٦٦/١٥، ط: الإرشاد).

[2] - ر: المهذب مع المجموع ٢٨٠/١٥.

يلبس الثوب فلان، فإن أركبها غيره، أو ألبسه غيره، فعطبت الدابة كان ضامناً، لأن الناس يتفاوتون في الركوب واللبس فيصح التعيين له وليس[1] له أن يتعداه، وكذلك كل ما يختلف باختلاف المستعمل.

٧٨٥- وإن استأجرها للركوب، فأردف معه رجلا، فعطبت يضمن نصف قيمتها، ولا يعتبر بالثقل، قيل: هذا إذا كان صغيراً يستمسك على الدابة، والدابة تطيق حمل شخصين، وإن كان الصغير لا يستمسك يضمن بقدر ثقله كما لو حمله شيئاً آخر مع نفسه، وإن كانت الدابة لا تطيق حمل اثنين يضمن جميع قيمتها.

٧٨٦- وإن سمى نوعاً وقدراً يحمله على الدابة، مثل أن يقول: خمسة أقفز حنطة، فله أن يحمل ما هو مثل الحنطة في الضرر، أو أقل كالشعير والسمسم، لأنه داخل تحت الإذن، وإن استأجر دابة بأجرة معلومة إلى موضع معلوم ولم يسم ما يحمل عليها، فحمل عليها حملاً معتاداً متعارفاً، فبلغ ذلك الموضع يجب المسمى، وإن هلك فلا ضمان عليه، لأن المتعارف كالمسمى.

٧٨٧- ويجوز استئجار الدار والحوانيت للسكنى والأرضين للزراعة طالت المدة أو قصرت إذا كانت مدتها معلومة للحاجة إليها، إلا في الأوقاف حيث لا تجوز الإجارة فيها أكثر من ثلاث سنين، وهو المختار، كيلا يدعي المستأجر تملكها، قيل: هذا في الضياع، وفي غيره لا يجوز أكثر من السنة[2] وقال الشافعي رحمه الله: لا يجوز الإجارة

---

[1] - "وليس" ساقط في (م).

[2] - وبه أخذ مشايخ بلخ والإمام أبو حفص البخاري، وعليه الفتوى، إلا إذا كانت

أكثر من السنة، في أحد أقواله.

٧٨٨- وما جاز أن يكون ثمناً في البيع[١] جاز أن يكون أجرة في الإجارة، لأن الأجرة ثمن المنفعة، فتعتبر بثمن المبيع كالدراهم والدنانير والمكيل والموزون، ولكن مالا يكون ثمناً يصلح أن يكون أجرة[٢]، كالأعيان والحيوان.

فالحاصل أن كل ما يصلح عوضاً يصلح أجرة[٣]، لأن الأجرة عوض مالي، وأما الثمن ما يثبت في الذمة، فيختص {بما يثبت[٤]} في الذمة، والأجرة لا تجب بالعقد عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله[٥]، لأن العقد ينعقد شيئاً فشيئاً على حسب حدوث المنافع، والعقد معاوضة.

٧٨٩- ومن شرطها المساواة، ومن ضرورة التراخي في [المنفعة لزوم التراخي في[٦]] جانب الأجرة، فإذا استوفى المنفعة تجب الأجرة

المصلحة اقتضت الزيادة أو النقص اتبعت، كما صرح به الحصكفي وابن عابدين الشامي (ر: الدر المختار ورد المحتار، كتاب الوقف، فصل يراعى شرط الوقف في إجارته ٤/٤٠٠، ٤٠١).

[١] - في (م): "المبيع" بدل "البيع".

[٢] - وفي الهداية: وما لا يصلح ثمناً يصلح أجرة أيضاً كالأعيان (الهداية مع فتح القدير ٩/٦٣، دار الكتب العلمية، بيروت).

[٣] - وفي الهداية: وما لا يصلح ثمناً يصلح أجرة أيضاً كالأعيان (الهداية مع فتح القدير ٩/٦٣، دار الكتب العلمية، بيروت).

[٤] - ما بين القوسين ساقط في (م).

[٥] - فإن أطلق العقد وجبت الأجرة بالعقد (المهذب مع المجموع ١٥/٢٨١).

[٦] - ما بين القوسين ساقط في (م).

لتحقق التسوية، فإذا استوى بعض المنفعة تجب الأجرة بقدره، وقال زفر رحمه الله: لا تجب الأجرة إلا باستيفاء تمام العقد[1]، وقال الشافعي رحمه الله: تجب بالعقد كالثمن في البيع[2]، لأن المنافع المعدومة كالموجودة حكماً عنده لما مرّ.

٧٩٠- وإذا استأجر أرضاً ليبني فيها، أو ليغرس فيها شجراً على مدة معلومة يجوز، لأنها منفعة مقصودة[3] بالأراضي، فإذا تمت المدة لزمه أن يقلع البناء والغرس، ويسلمها فارغة، لأنه لا نهاية للعمارة، ففي إبقائها إضرار بصاحب الأرض، بخلاف ما إذا انقضت مدة الإجارة في المزارعة والزرع حيث لم يدرك، يترك الزرع بأجر المثل إلى أن

---

[1] - لا تملك الأجرة بنفس العقد سواء كانت الأجرة عينا أو دينا، وإنما تملك بالتعجيل أو بشرط التعجيل، أو بإستيفاء المعقود عليه وهي المنفعة، أو بالتمكن من استيفائه بتسليم العين المستأجرة في المدة (التبيين ١٠٧/٥) فإذا وقعت الإجارة مطلقة عن وقت وجوب الأجرة، فقال أبو حنيفة في القول المرجوع إليه: إن كانت على المدة، كما في إجارة الدار والأرض، يجب الأجر بحصة ما استوفى من المنافع، وإن كانت على العمل كالخياطة والقصارة فلا يستوجب الأجر بمقابلته حتى يفرغ من العمل فيستحق الكل، وهو قول الصاحبين، وقال الإمام أولا من غير تفصيل مذكور أنه لا يجب شيء من الأجرة حتى يستوفي جميع المنفعة والعمل، وهو قول زفر (ملخص من التبيين ١٠٨/٥، ١٠٩، والبحر ٨/ ٦، ٧، والعيني ٦٣٠/٣).

[2] - قال الشيرازي: "الإجارة كالبيع يجب الثمن بنفس العقد" (المهذب مع المجموع ٢٨١/١٥).

[3] - في (م): "يقصد" بدل "مقصودة".

يدرك، لأن له نهاية معلومة، فأمكن رعاية الجانبين، {إلا أن يختار صاحب الأرض أن يغرم له قيمة ذلك مقلوعاً[1]} فيملكه برضاء صاحب البناء والشجر[2]، وعند الإطلاق بالعمل له أن يعمل بنفسه[3]، وليس[4] له أن يستعمل غيره عملا بالإطلاق.

٧٩١- وإن شرط أن يعمل الصانع بنفسه فليس له أن يستعمل غيره، لأن في التقيد فائدة[5] كما في الركوب والحمل.

٧٩٢- ومن استأجر داراً كل شهر بدرهم، فالعقد صحيح في شهر واحد، لأنه معلوم وفاسد في بقية الشهور، لأنه مجهول[6]، فإن سكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد فيه بتراضيهما[7]، وإن استأجر داراً

---

[1] - ما بين القوسين ساقط في(ن،ع).

[2] - والمسألة تحتاج إلى التوضيح، فبين المؤلف في الهداية:" إلا أن يختار صاحب الأرض أن يغرم له قيمة ذلك مقلوعا ويتملكه، فله ذلك، وهذا برضاء صاحب الغرس والشجر، إلا أن تنقص الأرض بقلعها فحينئذ يتملكهما بغير رضاه" (٣/ ٢٨٢) أي يغرم المؤجر قيمته مقلوعا ويتملكه بدون رضى صاحبه (مجمع الأنهر ٣٧٦/٢).

[3] - أي وإن أطلق المؤجر العمل، فللأجير أن يستأجر غيره (ر: الدر المختار بهامش الرد ١٢/٥).

[4] - ينبغي إسقاط "ليس".

[5] - سقط في (م): "فائدة".

[6] - لأن الأصل أن كلمة "كل" إذا دخلت فيما لا نهاية له تنصرف إلى الواحد (الهداية مع فتح القدير ٩٤/٩، الدر المنتقى بهامش مجمع الأنهر ٣٨٢/٢).

[7] - هذا هو القياس مال إليه بعض المتأخرين، وفي ظاهر الرواية يبقى حق الفسخ في الليلة الأولى ويومها من الشهر الداخل، وبه يفتى للعرف ودفعاً

سنة بعشرة دراهم صح، وإن لم يسم[1] قسط كل شهر، لأن المدة معلومة بدون التقسيم كمدة الأيام.

٧٩٣- ومن استأجر دابة إلى موضع معين فتجاوز منه إلى موضع آخر، ثم عاد إليه فهلكت الدابة، قيل: ينظر إن استأجرها ذاهباً لا جائياً يضمن؛ لأن العقد قد انتهى بالموضع المعين، فبمجاوزته عنه صار متعدياً فيه فيضمن، وبهذا[2] لا يجب الأجر الذي جاوز عنه، وإن استأجرها ذاهباً وجائياً لا يضمن بالمجاوزة عنه، فهو[3] بمنزلة المودع إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق يبرأ عن الضمان، كذا هنا[4]، وقيل: الجواب يجري على الإطلاق[5]، ثم الفرق بينهما أن المودع مأمور بالحفظ مقصوداً، فبقي الأمر بالحفظ بعوده إلى الوفاق بعد التعدي، فحصل الرد إلى نائب المالك، وهو يد المودع، وفي الإجارة والعارية يصير الحفظ مأموراً به تبعاً للاستعمال لا مقصوداً، فإذا انقطع الاستعمال لم يبق هو

للحرج، هذا كله إذا لم يعجل بالأجرة، وإلا فلا يكون لواحد منهما الفسخ في قدر المعجل أجرته، لأنه بالتقديم زالت الجهالة في ذلك القدر، فيكون كالمسمى في العقد (ر: التبيين ١٢٣/٥).

[1] - في (ن،ع): "لم يسمى".

[2] - في (م) "ولهذا" بدل "وبهذا".

[3] - "فهو" ساقط في (م).

[4] - في (م): "كذا هذا" بدل "كذا هنا".

[5] - أي سواء استأجرها ذاهباً لا جائياً، أو ذاهباً وجائياً، فإنه لا يبرأ بالعود عن الضمان، (العيني ٦٤٣/٣) هذا قول أبي حنيفة الآخر، وهو قول صاحبيه (ر: الخانية بهامش الهندية ٣٤٥/٢) وهو الأصح (ملتقى الأبحر ١٦٠/٢، مجمع الأنهر وبهامش الدر المنتقى ٣٧٩/٢).

نائباً عنه فلا يبرأ بالعود إلى الوفاق، وهذا أصح[1].

٧٩٤- وإن قال: استأجرتها إلى موضع معين بدرهم، وإن جاوزت عنه فبدرهمين يجوز، ولم يحك فيه خلاف، بخلاف ما لو استأجرها إن حمل عليها كراً فبدرهم، وإن حمل عليها كرين فبدرهمين، يصح الأول دون الثاني عند أبي حنيفة[2] رحمه الله، وإن استأجرها إلى موضع معلوم، فركبها إلى موضع آخر ضمن قيمتها، وإن كان هو أقرب من المشروط[3].

٧٩٥- الإستئجار على الطاعة لا يجوز عندنا، خلافاً للشافعي رحمه الله[4]، كالاستئجار على الأذان وتعليم القرآن والفقه، والأصل فيه أن كل طاعة يختص بها المسلم لا يجوز الاستئجار عليه، وبعضهم استحسنوا هذا في هذا الزمان، لظهور التواني في الأمور الدينية، وعليه الفتوى.

---

[1] - أي من التفصيل في الجواب، وفي الكافي: وقيل: الأول أصح (العيني ٦٤٣/٣)

[2] - هذا وغيره من المسائل التي خالفا فيها الإمام أي تصح التسميتان عند الصاحبين لا عنده، فعلى قول الإمام يلزم المسمى درهم في الأول وأجر المثل في الثاني، ثم عنه روايتان في أجر المثل، الأول: إن زاد على الدرهمين فيزاد، والثانية: أنه لا يزاد على الدرهمين المسميين، الأول ظاهر الرواية، والأخرى رواية الأصل، الذي هو أيضاً من كتب ظاهر الرواية وصحح الزيلعي الرواية الثانية، ويعلم ترجيحها من كلام ابن عابدين أيضا (ر: التبيين، باب ضمان الأجير ١٤٠/٥، والدر المختار مع الرد: باب ضمان الأجير ٤٥/٥، ط نعمانية).

[3] - في (ن،ع): "الشروط".

[4] - يجوز أن يأخذ الأجرة على تعليم القرآن..... كما يجوز أن يأخذ الأجرة على تعليم الفقه والحديث إن كان محتاجا، وهو وجه في المذهب (المجموع ٢٧٨/٥) وقال فيه: "ويصح الاستئجار لشعائرغير فرض كالأذان" (نفس المصدر ٢٨٧/١٥).

٧٩٦- والاستئجار على غسل الميت لا يجوز، ولحمله[1] وحفر قبره يجوز مع أنه إذا وجد غيرهم.

٧٩٧- ولو كتب كتاب غناء[2] بالفارسية أو بالعربية بأجرة معلومة تطيب الأجرة.

٧٩٨- ويجوز أخذ[3] أجرة الحمام والحجام للتعارف، ولا تعتبر الجهالة فيه لإجماع المسلمين.

٧٩٩- والاستئجار على الحج لا يجوز عندنا، لكن إذا أمر غيره أن يحج عنه من غير ذكر الإجارة يجوز، وقد مرّ في الحج.

٨٠٠- وإذا فسدت الإجارة يجب أجر المثل لا يجاوز به المسمى عندنا[4]، وعند زفر والشافعي رحمهما الله يجب بالغاً ما بلغ[5].

---

[1] - وفي الخانية: ولو استوجر لحمل الجنازة إن لم يكن هناك من يحملها لا يجوز؛ لأنه تعين في إقامة الحسبة، وإن كان هناك من يحملها جاز (الخانية على هامش الهندية ٣٢٥/٢، دار الفكر).

[2] - وفي الهندية: وإن استاجره ليكتب غناء بالفارسية أو بالعربية فالمختار أنه يحل؛ لأن المعصية في القراءة كذا في الوجيز للكردري (الهندية ٤٥/٤).

[3] - في (ن،ع): "أخذ" ساقط.

[4] - إذا كان المسمى مساويا لأجر المثل أو زاد عليه، وإن كانت أقل منه فالمسمى، كما في جامع الرموز للقهستاني (٣٥٩/٣) هذا إذا كان فساد الإجارة بحكم شرط فاسد أو نحو ذلك، لا لجهالة المسمى من الأجر وعدم التسمية، وإن كان باعتبار واحد منهما، يجب أجر المثل بالغا ما بلغ، كما في قاضيخان (٣٢٧/٢) ومجمع الأنهر (٢٨٢/٢) والعيني معزيا إلى المغني والذخيرة (٦٤٨/٣).

[5] - ويستقر في الإجارة الفاسدة أجر المثل زادت على المسمى أو نقصت (حاشية الشرواني ١٩٧/٦).

٨٠١- إجارة المشاع لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله إلا من شريكه[١]، صورته أن يؤاجر نصيباً من داره لآخر، أو نصيبه[٢] من دار شريكه من غير شريكه، أما إذا آجر من شريكه يصح في ظاهر الرواية. ولو آجر من رجلين يجوز بالإجماع، ولو آجر من واحد، ثم تفاسخا في نصفه، بقي الإجارة في نصفه الآخر[٣]، وكذا لو آجر من

---

[١] - وبه قال زفر (العيني ٦٥٥/٣) وقالا: إجارة المشاع جائزة (الهداية ٢٨٧/٣) سواء آجر نصيبه لشريكه أو غيره (مجمع الأنهر ٣٨٥/٢) بشرط بيان نصيبه، وإن لم يبين نصيبه لا يجوز في الصحيح (التبيين ١٦٦/٥)، وعليه الفتوى، كما في جامع الرموز (٣٦١/٣)، وعزاه الزيلعي (التبيين ١٢٧/٥) والطور الحنفي (تكملة البحرالرائق ٢١/٨) والبرجندي للمغني، لكن رده العلامة قاسم في تصحيحه بأن ما في المغني شاذ مجهول القائل، فلا يعول عليه (الدر المنتقى بهامش مجمع الأنهر ٣٨٥/٢) قال ابن فرشته: الفتوى في إجارة المشاع على قول الإمام، سواء فيما يقسم أولا يقسم (تكملة البحر ٢١/٨) وبه أفتى قاضيخان (الخانية بهامش الهندية ٣٣١/٢)، وابن نجيم المصري (فتاوى ابن نجيم بهامش الغياثية ص: ١٦٠) وبه جزم أصحاب المتون والشروح، فكان هو المذهب، كما في المنح (مجمع الأنهر ٣٨٦/٢) وعليه العمل اليوم، كذا في رد المحتار (٢٨/٥، ط: نعمانية): ويؤيده قاعدة ما في الأشباه والنظائر لابن نجيم المصري: "الضرر يزال" (ص: ٩٧) لأنه في صحتها إضرار للشريك.

[٢] - في (م): "من دار شريكه" ساقط، وفي الهداية: من دار مشتركة من غير الشريك (الهداية مع فتح القدير ١٠٠/٩، ط دار الكتب العلمية).

[٣] - في (ن،ع): "في نصفه للآخر".

رجلين فمات أحدهما، بطل في نصيبه وبقي في نصيب الآخر.

٨٠٢- استئجار الظئر[١] بأجرة معلومة يجوز لقوله تعالى: ﴿فآتوهن أجورهن﴾[٢]، ولأن التعامل فيه جائز[٣]، ثم قيل[٤]: إن العقد يقع على المنافع، وهي خدمتها للصبي والقيام به[٥]، واللبن يستحق على طريق التبعية بمنزلة الصبغ في الثوب، وهذا أقرب إلى الفقه من قولهم: "إن العقد يقع على اللبن، والخدمة تابعة له"[٦]، لأنه لو وقع على اللبن يلزم من هذا استهلاك العين. وكل إجارة إذا وقعت على استهلاك العين تفسد الإجارة، كمن استأجر بقرة ليشرب لبنها، فإن أرضعته في المدة بلبن شاة فلا أجرة لها، لأن المستحق عليها الإرضاع، وهذا إيجار.

٨٠٣- رجل استأجر إمرأته لترضع ولده، إن كان الولد منها لا يجوز، وإن كان من غيرها يجوز، وذكر الخصاف رحمه الله[٧]: إن

---

١ - "الظئر" بكسر الظاء المعجمة وسكون الهمزة: هي المرضعة (العيني ٦٥٨/٣).

٢ - الطلاق:٦.

٣ - قال المؤلف في الهداية: لأن التعامل به كان جاريا على عهد رسول الله -ﷺ- وقبله وأقرهم عليه(٣/ ٢٨٨) وعلى جوازه انعقد الإجماع (ر:التبيين ١٢٧/٥، ومجمع الأنهر ٣٨٦/٢).

٤ - قال به في الإيضاح والذخيرة (العيني ٦٥٨/٣) وهو الأشبه بالفقه وأقرب إليه، وقال في الكافي: وهو الصحيح (التبيين ١٢٧/٥، ر: تكملة البحر ٢١/٨).

٥ - لفظ" به" ساقط في (ن).

٦ - قائله شمس الأئمة السرخسي (العيني ٦٥٨/٣).

٧ - هو أحمد بن عمر - في رواية عمرو - بن مهير الشيباني أبو بكر، المعروف بالخصاف، المولود (١٨١ هـ/ ٧٩٧م) والمتوفى ببغداد

استأجرها من مال الصبي يجوز، وإذا استأجر ظئراً من مال الصبي ثم مات المستأجر لا تبطل الإجارة.

٨٠٤- ظئر أرضعت صبياً شهراً، ثم أبت أن ترضعه والصبي لا يأخذ ثدي غيرها، أجبرها القاضي على إرضاعه[١].

٨٠٥- ومن دفع غزلاً إلى حائك لينسجه ثوباً بالنصف وقعت الإجارة فاسدة، فله أجر مثله، وكذا لو استأجر حماراً ليحمل عليه طعاماً بقفيز منه، لأنه جعل الأجرة من عين ما يخرج من عمله، فيصير بمنزلة

(٢٦١هـ/ ٨٧٥م) فقيه، فرضي، محدث، عالم بالرأي، حدث عن وهب ومسدد والقعنبي وخلق، قال شمس الأئمة الحلواني: "رجل كبير في العلم، وهو ممن يصح الإقتداء به". الخصاف بفتح الخاء المعجمة و تشديد الصاد المهملة، يقال لمن يخصف النعل وغيره، وإنما اشتهر بالخصاف، لأنه كان يأكل من صنعته، له تصانيف منها: أحكام الوقف، وكتاب الخراج، والحيل، والوصايا والسجلات، (ر: سير أعلام النبلا ١٢٣/١٣، ١٢٤، والفهرست لابن النديم ص: ٢٩٠، وتاج التراجم ص: ٩٧، ٩٨، وطبقات الفقهاء للشيرازي ص: ١٤٠).

[١] - وفي ظاهر الرواية لا تجبر إن كانت لا تعرف بالظؤرة، وعن أبي حنيفة وأبي يوسف في النوادر أنها تجبر إذا كان يخاف على الصبي وعليه الفتوى، كذا في المحيط، قال شمس الأئمة الحلواني: والاعتماد عليه، إلا إذا كانت مريضة يضرها الإرضاع، وليس للزوج أن يمنعها إذا آجرت نفسها بإذنه، وبه يفتى كذا في جواهر الأخلاطي، وإن كانت بغير إذنه فله أن يمنعها وإن خيف موت الصبي (ر: الهندية ٤٣٣/٤، وبهامشها البزازية ١١٥/٥، والخانية ٣٧٥/٢).

قفيز الطحان[1]، وهذا منهي[2]، بخلاف الطعام المشترك، إذا استأجر شريكه حيث لا تجب الأجرة، وكذا لو استأجر أرضاً للزراعة بأرض أخرى فلا خير فيه، لأن الجنس بانفراده يحرم النسأ، وكذا السكنى بالسكنى والركوب بالركوب واللبس باللبس[3].

---

[1] – تفسيره أن يستأجر ثوراً ليطحن له حنطة بقفيز من دقيقة (الهداية ٢٨٩/٣) وفي طلبة الطلبة:" هو أن يستأجر طحانا ليطحن له هذه الحنطة بقفيز من دقيق هذه الحنطة" (ص: ٢٥٧).

[2] – روى الدارقطني (البيوع ٤٧/٣) والبيهقي (البيوع، باب النهي عن عسب الفحل٣٣٩/٥) عن أبي سعيد الخدري قال: "نهى عن عسيب الفحل" زاد عبيد: "وعن قفيز الطحان"، قال الحافظ ابن حجر: وفي إسناده ضعف (الدراية في تخريج أحاديث الهداية بهامشها ٢٨٩/٢) قال ابن قدامة: وهذا الحديث لا نعرفه ولا يثبت عندنا صحته (المغني ٨/٥) وقال الشيخ شمس الدين القيم: هذا الحديث لا يثبت بوجه (العيني ٦٦٤/٣).

[3] – اختلفوا في هذه المسائل ونحوها، جوزها مشايخ بلخ (التبيين ١٣٠/٥) وبه أخذ شمس الأئمة الحلواني (تكملة البحر ٢٤/٨) وأستاذه القاضي أبو علي النسفي (٦٦٤/٣)، وغيرهم من مشايخنا منعوها (تكملة البحر ٢٤/٨)، وبه قال المؤلف، ولكن في رأيي الناقص أنها تجوز عملاً بالعرف، كما هو قول مشايخ بلخ وغيرهم، لأنها قياسية، والقياس يترك بالتعارف، وأما قولهم: "إنه ليس بطريق القياس، بل النص يتناوله دلالة" (ر: التبيين ١٣٠/٥) فيه نظر، لأن دلالة النص هو ما كان مفهوماً منه بحسب اللغة (نور الأنوار ص: ١٦) وليس كذلك هنا، بل المانعون استخرجوا للمنع أصلا من حديث قفيز الطحان، وهو أن جزءاً من عمل الأجير لا يجعل أجرة (ر: الدر المختار ورد المحتار ٢٦/٥، ط: نعمانية) ثم أعدوها إلى مسائل أخرى ولم يجوزوها، ثم الحديث معلول بأنه لا يجوز لمعدوم الأجرة كما في البيع أنه

٨٠٦- الأجير المشترك[1] لا يستحق الأجرة حتى يعمل كالقصار والصباغ، لأن المعقود عليه إنما هو العمل أو أثره، فإذا عمل فله أن يحبس العين حتى يستوفي الأجرة، لأن عمله وصف قائم في الثوب، فله حق الحبس لاستيفاء البدل، كما في البيع[2]، قيل: هذا إذا قصره القصار بالنشأ[3]، أما إذا غسله فابيض، ليس له حق الحبس في الأصح إلا أن يسلم الدراهم محل المنفعة قام مقام المنفعة، فيجب الأجر بالتسليم، وعند زفر رحمه الله ليس له ولاية الحبس.

لا يجوز بيع ماليس عند البائع (ر: مشكل الآثار ٣٠٧/١) وقال الزيلعي: أجابوا عن الحديث بأن مقدار القفيز مجهول (ر: الفقه الإسلامي وأدلته ٥١/٤) وأجاب العيني عن قول المصنف: " إن المستأجر عاجز عن تسليم الأجر وهذا لا يعول، فإن المزارع يأخذ جزءاً من الخارج، والمضارب جزءاً من الربح، والمعنى المذكور موجود في كل منهما، بل هذا أولى بالجواز من المضاربة والمزارعة، فإن الذي يأخذ منه الجزء هنا محقق الوجود، وهناك معدوم على خطر الوجود، لم يكن هذا المعنى مانعا من جواز المزارعة والمضاربة فهنا أحق وأولى أن لا يمنع" (العيني ٦٦٤/٣).

[1] - واختلفت عبارات المشايخ في حد الأجير المشترك والخاص، والأوجه أن يقال: الأجير المشترك من يكون عقده واردا على عمل معلوم ببيان محله ليسلم من النقض، والأجير الخاص من يكون العقد واردا على منافعه، ولا تصير منافعه معلومة إلا بذكر المدة أو بذكر المسافة، كما في تبيين الحقائق (١٣٣/٥).

[2] - في (ن،ع): "المبيع" بدل "البيع".

[3] - عن أبي حنيفة: أن النَّشيئة هي التَّفِرَةُ إذا غلظت قليلا وارتفعت وهي رطبة. وقال مرة النشيئة والنشأة من كل النبات: ناهضه الذي لم يغلظ بعد (لسان العرب ١٧٢/١).

٨٠٧- ولو حبسه فضاع في يده، لا ضمان عليه عند أبي حنيفة رحمه الله، لأنه غير متعد فيه، فبقي أمانة عنده {ولا أجر له لهلاك المعقود عليه[١]} قبل التسليم، وقالا: العين كانت مضمونة قبل الحبس فكذا بعده، ولكنه بالخيار إن شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا أجر له، وإن شاء ضمنه معمولاً وله الأجر، لأن حفظ العين مستحق عليه، إذ لا يمكنه العمل إلا[٢] به، فإن هلك المتاع في يده إن هلك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقة يضمن، وإن هلك بسبب لا يمكن الاحتراز عنه كالموت والحريق الغالب لا يضمن، وهذا عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، وعند أبي حنيفة رحمه الله لا يضمن في الوجهين، ثم إذا ضمن عندهما، إن كان قبل العمل يضمن قيمته ولا أجر له، وإن كان بعد العمل إن شاء ضمن قيمته معمولاً بالأجرة وإن شاء ضمن قيمته غير معمول، ولأبي حنيفة رحمه الله أن العين أمانة في يده[٣]، لأن القبض حصل بإذن المالك، ولهذا لو مات لا يضمن، والحفظ مستحق عليه تبعاً لا مقصوداً، ولهذا لا يقابله الأجر بالحفظ، بخلاف المودع بالأجر؛ لأن الحفظ مستحق عليه مقصوداً في الوديعة[٤].

---

١ - سقط ما بين القوسين في (م).

٢ - "إلا" ساقط في (ن،ع).

٣ - في (ن،ع): "في يده" ساقط.

٤ - والحاصل أن المعقودعليه أمانة في يد القصار عند الإمام أبي حنيفة، وهو قول زفر والحسن بن زياد، وهو القياس، فلا يضمن سواء أمكن له التحرز عنه، كالسرقة أولا، كالحريق الغالب، وقالا: إن أمكن التحرز عنه فيضمن من قيمته قبل العمل بلا أجر، وبعده معمولا بأجر، وغير معمول بلا أجر،

٨٠٨- ومن غرق في السفينة أو سقط من الدابة لم يضمنه الأجير، لأن الآدمي محفوظ بنفسه، فلا يضمن المسبب إلا بالتعدي[١] عليه، وأما المال فإنه محفوظ بغيره فيضمن، والصبي الذي لا يستمسك[٢] بمنزلة المال.

٨٠٩- وما تلف بعمله كتخريق[٣] الثوب من دقه[٤]، وزلق[٥] الحمال[٦]

وبقولهما أخذ الفقيه (ر: جامع الرموز٣/٣٦٢)، وهو مذهب عمر وعلي (البزازية بهامش الهندية ٥/٨٧)، وبه أفتى الزيلعي لتغيرأحوال الناس، وبه تحصل صيانة أموالهم (التبيين ٥/١٣٥)، والشيخ الإمام ظهير الدين المرغيناني والقاضي الإمام فخر الدين قاضيخان كانا يفتيان بقول الإمام (ر: الهندية ٤/٥٠٠) وبه أخذ حسام الدين (السراجية ص: ١١٤)، وفي المنح: وقد جعل الفتوى عليه في كثير من المعتبرات، وبه جزم أصحاب المتون، وكان هو المذهب (مجمع الأنهر ٢/٣٩١) وفي الدراية: أخذ الفقيه أبو الليث بقول الإمام وبه أفتى، وفي المزارعة والمعاملة الفتوى على قولهما لمكان الضرورة (تكملة البحر ٨/٢٧) وأفتى بعضهم بالصلح عملا بالقولين، كما في البزازية (٥/٨٧) والسراجية (ص: ١١٤)، وبه أفتى المتأخرون، وقال الزاهدي: على هذا أدركت مشايخ بخوارزم (ر: جامع الرموز ٣/٣٦٢) وينبغي أن يفتى بقول الصاحبين في العصر الراهن أيضاً، ويولّى بالعمل لفساد الزمان، لذا أفتى المتأخرون أن الوديعة مضمونة.

[١] - في (م): "إلا بالمتعدي عليه" بدل" إلا بالتعدي عليه".

[٢] - في (م): "لا يمسك" بدل" لا يستمسك".

[٣] - في (م): "كتحريق الثوب" الخ.

[٤] - أي دق القصار (مجمع الأنهر ٢/٣٩٢).

[٥] - وهو في الأصل مصدر زلقت رجله تزلق زلقا وأزلقها غيره (الصحاح ٤/١٤٩١).

[٦] - في (م): "الحمار" بدل "الحمال".

وغيره مضمون عليه عندنا، خلافاً لزفر والشافعي رحمهما الله[1]؛ لأن الأمر بالفعل هو الداخل تحت العقد، وهو الفعل المصلح لا المفسد، لأن قوة الثوب ورقته يعرف بالاجتهاد حالة الدق، بخلاف باطن الحيوان بالاجتهاد حالة القصد، ولا أثر للإذن في عدم الضمان حتى لو حصل ما أمر به بفعل الغير يجب الأجر مع كونه غير مأذون، بخلاف الأجير الخاص حيث لا ضمان عليه فيما تلف في يده، ولا ما تلف من عمله، لأن العين أمانة في يده، لأنه قبضه بإذن مالكه، ولأنه نائب مناب المستأجر، فكأنه هلك في يده.

٨١٠- ولا يجوز الاستئجار للخبز والطبخ، فإن بين قدر العمل دون الوقت يصير أجير مشترك، وإن بين الوقت دون قدر العمل يصير أجيراً خاصا، وإن جمع[2] بينهما يفسد عند أبي حنيفة رحمه الله[3].

---

[1] - فيه قولان: أحدهما" لا ضمان عليه"، وهو قول المزني، وهو الصحيح (المهذب مع المجموع ١٥/٣٥٠).

[2] - في (ن): "جميع"

[3] - وفي الواقع عنه روايتان، والصحيح من مذهبه أن الإجارة فاسدة، قدم العمل أو أخر، إذا ذكر الأجر بعد الوقت والعمل، وأما إذا ذكر الوقت أولاً ثم الأجر ثم العمل بعده، أوذكر العمل أولاً ثم الأجر ثم الوقت لا يفسد العقد، لأنه إذا وسط الأجر، فبذكر الأول عملا كان أو وقتا والأجر بعده يتم العقد، فكان ذكر الثاني بعد ذلك إن كان وقتا يكون للتعجيل وإن كان عملاً فذكره لبيان العمل في ذلك الوقت، فلا يفسد العقد (الخانية بهامش الهندية ٢/٣٣٢) وعند الصاحبين يصح العقد في الصورة الأولى أيضا، ويحمل على العمل، ويكون ذكر الوقت للتعجيل تصحيحا للعقد عند تعذر الجمع بينهما، وظاهر كلام

٨١١- ولو شرط الخبز من يده، واحترق قبل الإخراج لا أجر له للهلاك قبل التسليم، وإن أخرجه ثم احترق من غير صنعه فله الأجر، ولاضمان عليه عند أبي حنيفة رحمه الله ، لأنه أمانة في يده، وعندهما يضمن بقدره دقيقاً[1]، ولا أجر له، وإن شاء ضمنه الخبز وأعطاه الأجر.

٨١٢- وإن استأجر راعياً لرعي غنمه، وشرط عليه أن لا يرعى غنم غيره، يصير أجير واحد، وإن لم يشترط يصير أجير مشترك.

٨١٣- ولو استأجره لرعي غنمه شهراً، فرعى غنمه وغنم غيره يستحق الأجرة على الثاني، ولم تفسخ الإجارة الأولى؛ لأنه تحمل زيادة مشقة على نفسه.

٨١٤- ولو خلط غنم الناس ولم يعرفها أهلها فالقول قول الراعي في التعيين[2]؛ لأنه هو القابض، وإن قال هو: لا أعرفها، يضمن[3].

الزيلعي ترجيح قولهما (التبيين ١٣١/٥) كما في رد المحتار (٣٧/٥، ط نعمانية) فإن قال في اليوم، أو على أن تفرغ منه اليوم، جازت إجماعا، ويحمل العقد على العمل دون الوقت (ر: المصدرين السابقين والدر المختار بهامش الرد ٣٧/٥).

[1] - هذا مبني على ما مر من الاختلاف آنفاً بين الإمام وصاحبيه أن المعقود عليه أمانة عنده، ومضمون عندهما إلا إذا هلك بأمر لا يمكن التحرز عنه، والراجح قولهما، وعليه الفتوى فليراجع، وانظر أيضا التبيين (١٣٤/٥، ١٣٥).

[2] - في (ن،ع): "اليقين" بدل "التعيين".

[3] - والقول في مقدار القيمة قول الراعي، وتعتبر قيمة الأغنام يوم الخلط (مجمع الأنهر ٣٩٤/٢).

٨١٥- وإن استأجر دابة ليحمل عليها مقداراً من الحنطة، فله أن يحمل مثل وزنها شيئاً آخر إذا كان مثل الحنطة في الضرر أو أقل كالشعير والسمسم، وليس له أن يحمل ما هو أضر من الحنطة، كالملح والحديد، وإن حمل الحديد فلا أجر له لعدم الرضا به، وإن هلك يضمن كل القيمة؛ لأنه إتلاف قصدي؛ لأنه أضر بالدابة؛ لأن الحديد يجتمع والقطن ينبسط[١]، وإن حمل عليها أكثر مما شرط منه فعطبت الدابة، يضمن بما زاد من الثقل أي يقسم القيمة عليه، إلا إذا حملها حملاً ثقيلاً لا يطيق مثل تلك الدابة، يضمن كل القيمة لعدم الإذن فيه لخروجه عن العادة[٢].

٨١٦- وإن استأجرها ليركبها فأردف معه رجلاً يضمن نصف قيمتها ولا يعتبر بالثقل، وإنما المعتبر بعلم الفروسية، لأن الآدمي غير موزون، فاعتبر عدد الراكب كعدد الجناة[٣] في الجنايات، هذا إذا كانت الدابة تطيق حملها، أما إذا كان لا تطيق حملها يضمن كل[٤] القيمة، والصبي الصغير الذي لايستمسك بنفسه بمنزلة زيادة الحمل، يعتبر فيه الثقل.

---

[١] - والمسألة مذكورة في الهداية: "وإن استأجرها ليحمل عليها قطنا سماه، فليس له أن يحمل عليها مثل وزنه حديدا، لأنه ربما يكون أضر بالدابة، فإن الحديد يجتمع في موضع من ظهرها، والقطن ينبسط على ظهرها" (٢٨٣/٣).

[٢] - فحاصله أن الشيئين متى كان في كل واحد منهما ضرر فوق ضرر الآخر من وجه لا يستفاد من الإذن في أحدهما الإذن في الآخر، وإن كان هو أخف ضررا من وجه آخر (التبيين ١١٧/٥).

[٣] - وفي النسخ الثلاث: "الجناية" والصواب ما كتبناه، كما في الهداية (٢٨٣/٣).

[٤] - في (ن،ع): "كل" ساقط.

٨١٧- وإن استأجر دابة ليحمل عليها شعيراً، فحمل في جوالق شعير أو في جوالق[١] حنطة، يجب نصف الأجرة، ويضمن نصف القيمة إذا هلكت.

٨١٨- والمستأجر لا يضمن بالضرب المتعارف عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، لأنه داخل تحت الإذن[٢].

٨١٩- والإجارة تفسد بالشروط الفاسدة كالبيع، ويصح شرط الخيار فيها عندنا دفعاً للحاجة، وعند الشافعي رحمه الله لا يصح[٣]؛ لأن المستأجر لا يمكنه رد المستأجر بكماله، وكذلك المؤجر لا يمكنه التسليم بكماله، ويفسخ بالعيب عندنا؛ لأن المعقود[٤] عليه المنافع، وإنها توجد شيئاً فشيئاً، فكان ما يوجد من العيب يكون حادثاً قبل قبض المعقود عليه، فيوجب الرد، كما إذا وجد العيب في المبيع قبل القبض.

---

[١] - الجوالق، بكسر الجيم واللام، وبضم الجيم وفتح اللام وكسرها: وعاء، ج: جوالق كصحائف، وجواليق وجوالقات (القاموس المحيط ص: ١١٢٦).

[٢] - والمسألة لها صور ذكرها في الخانية، خلاصته: إن الضرب بأمر صاحب الدابة أو بغير أمره، فالأول على وجهين: إن كان الضرب في الموضع المعتاد ضربا معتادا لا يضمن في قولهم، وإن كان في غير الموضع المعتاد يضمن في قولهم، والثاني أيضا على وجهين: إن ضربها ضربا غير معتاد يضمن فى قولهم، وإن ضربها فى الموضع المعتاد، يضمن في قول أبي حنيفة، وعلى قول صاحبيه لا يضمن، (الخانية بهامش الهندية ٣٣٧/٢) وفي التتمة: الأصح أن أبا حنيفة رجع إلى قولهما (العيني ٦٤٢/٣).

[٣] - لم يصح اشتراط الخيار فيه كالنكاح (المجموع ٢٩١/١٥).

[٤] - في (م): "لأن المقصود عليه".

٨٢٠- والإجارة تفسخ بالأعذار[١] ويبقى العقد بالأعذار أيضاً عندنا، وعند البعض[٢] تفسخ بالعذر، لأن المعقود عليه المنافع، فكان البعض بمنزلة الامتناع من الإيجاب، وعند الشافعي رحمه الله تفسخ بالعيب[٣] ولا تفسخ بالأعذار[٤]، لأن المنافع إنما تصير مقبوضة بالاستعمال، فالعذر قبل الاستعمال بمنزلة العيب الحادث قبل القبض في البيع، وثمنه ينفرد بالفسخ من غير قضاء، فكذا هنا دفعاً للضرر، والعذر يمنع تسليم المعقود عليه.

٨٢١- ثم العذر من قبل المؤجر هو إلحاق الدين لا غير، ولا يمكن أداؤه إلا من ثمن ما آجر، ومن قبل المستأجر كثيرة.

٨٢٢- وذكر في الزيادات: "الإجارة لا ينقض إلا بقضاء أو رضاء"، و تأويله إذا كان عقداً يحتمل إلحاقاً، كما لو آجر داره مدة ثم لحقه دين لا يقدر على قضائه[٥] إلا من ثمن ما آجر، فسخ القاضي الإجارة.

٨٢٣- وذكر في الجامع الصغير[٦]: "الإجارة تنقض بنفسه"، وتأويله إذا وقعت في يده آكلة فاستأجر رجلاً بقطع يده أو قلع سنه ثم

---

[١] - فسر المؤلف معنى العذر في الهداية: "وهو عجز العاقدين عن المضي في موجبه إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به، وهذا معنى العذر عندنا" (٢٩٩/٣) كذا في الكنز (مع التبيين ١٤٥/٥).

[٢] - هو شريح وابن أبي ليلى، فعندهما تفسخ بعذر وبغير عذر (العيني٦٨٩/٣).

[٣] - ر: المهذب مع المجموع ٣٢١/١٥.

[٤] - لا ينفسخ عقد الإجارة..... ولا يفسخ أحد العاقدين بالأعذار التي لا توجب خللا في المعقود عليه (المجموع ٣٢٢/١٥).

[٥] - في (م): "ثم لحقه دين لا وفاء عنده إلا من ثمن ما آجر".

[٦] - الجامع الصغير مع النافع الكبير ٤٣٩/١، كتاب الإجارات.

برأ تنقض الإجارة هنا من غير قضاء، لأنه عجز عن المضي على موجب العقد، فلم يكن في بقاء العقد فائدة، فينتقض.

٨٢٤- وكذا إذا خربت الدار {أوانقطع شرب الضيعة[١]}، أو انقطع الماء عن الرحى انفسخت الإجارة؛ لأن المعقود عليه قد فات، فأشبه فوت المبيع قبل القبض، وقيل[٢]: لا[٣] ينفسخ ولكنه يفسخ[٤]. لأن العود يتصور فأشبه الإباق في المبيع[٥]، وقد نص[٦] أن الآجر لو بناها ليس للمستأجر ولا للآجر أن يمتنع منه[٧].

٨٢٥- ولو استأجر دابة ليسافر بها، ثم بدا أن لا يسافر بها فهو عذر عندنا[٨]، خلافاً للشافعي رحمه الله[٩]؛ لأن في مضيه[١٠] في موجب

---

[١] - ما بين القوسين ساقط في (م).

[٢] - قائله شيخ الإسلام وشمس الأئمة السرخسي وغيرهما (العيني ٦٨٦/٣).

[٣] - في (ن،ع): "لا" ساقط.

[٤] - وهو الأصح كما في التبيين (١٤٤/٥).

[٥] - في (ن، ع): "البيع".

[٦] - أي محمد (ر: الهندية ٢٩٩/٣).

[٧] - والمسألة موضحة في التبيين قال: "وقد روى هشام عن محمد أنه لو استأجر بيتاً فانهدم فبناه الموجر، وأراد المستأجر أن يسكنه في بقية المدة، فليس له أن يمنعه من ذلك، وكذا ليس للمستأجر أن يمتنع منه" (١٤٤/٥).

[٨] - أنظر للتفصيل (الهداية ٣٠٠/٣).

[٩] - ولم أجد بصراحة، لكن يمكن القياس على ما صرح أن كل عذر يوجب خللا في المعقود عليه يفسخ الإجارة وإلا لا (ر: المجموع ٣٢٢/١٥) إنه ليس بعذر يوجب خللا فيه فلا تنفسخ الإجارة بما بدا له من السفر.

[١٠] - في (ن،ع): "نصيبه" بدل "مضيه".

العقد إلزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد؛ لأنه ربما يذهب إلى الحج فذهب وقته، أو في طلب غريمه فحضر، أو للتجارة فافتقر.

٨٢٦- ولو بدأ للمكاري فليس بعذر، لأنه حرفته، ويؤمر ببعث الدواب على يد تلميذه أو أجيره، وكل من كان له العمل حرفة يجبر على ذلك، وروى الكرخي[١] إذا مرض فهو عذر، وإلا فلا[٢].

٨٢٧- وأما قوله: الإجارة تبقى بالأعذار، وهو أنه إذا استأجر أرضاً للزراعة بمدة معلومة، فمضت المدة ولم يدرك الزرع، فإنه يكون عذراً، وتبقى الإجارة إلى أن يدرك ويحصد زرعه بأجر مثل، بخلاف الرطبة[٣]، وإنها تقلع[٤]، لأنه لا نهاية لها، وكذا إذا آجر دابة إلى موضع معلوم بمدة معلومة فمضت المدة ولم يبلغ المقصد، تبقى الإجارة إلى أن يبلغ المقصد بأجر المثل.

٨٢٨- والإجارة تفسخ بموت أحد المتعاقدين عندنا، وقد عقد الإجارة لنفسه، لأن المنافع صارت للورثة، وعند الشافعي رحمه الله[٥] لا

---

[١] - قد مرت ترجمته في الجزء الأول من الكتاب.

[٢] - وعلى رواية الأصل ليس بعذر (ر: الهداية ٣/٣٠٠، وشرحها العيني ٣/٦٩٠).

[٣] - الرطبة، بفتح أوله وسكون ثانيه، ج رطاب، نبات الفصفصة: نبت يقيم في الأرض سنين، كلما جز نبت (معجم لغة الفقهاء ص: ٢٢٣).

[٤] - في (ن،ع): "وإنها تطلع".

[٥] - فلا يبطل بالموت مع سلامة المعقود عليه كالبيع، (المهذب مع المجموع ١٥/٣٣٦) وهو الأظهر (المجموع ١٥/٣٤١).

تفسخ بالموت كما لا يفسخ البيع[1] به، وإن عقدها لغيره لم تنفسخ مثل الوكيل والوصي والمتولي في الوقف، وعلى هذا أن المستأجر إذا آجر المستأجر بأكثر مما استأجره ولم يزد فيه شيئاً آخر لم يجز عندنا؛ لأنه يصير ربح مالم يضمن، وكذا إذا تعدى وضمن سقطت الإجارة عندنا بوجوب[2] الضمان.

٨٢٩- ولا يجوز للمتولي أن ينقض إجارة الوقف إذا زيد في الأجرة إذا كان آجرها بنقصان لا[3] يتغابن في مثله، أما إذا كان أغلى من أجر المثل ينفسخ عقد الإجارة، ويجب المسمى فيما مضى ويجدد ثانياً فيما بقي بأجر المثل.

---

[1] - في (م): "المبيع".

[2] - في (ن،ع): "بوجود".

[3] - ينبغي إسقاط "لا"، قال في البزازية: "وفي بعض الكتب الإجارة الأولى بأجر المثل، أو بما يتغابن فيه الناس، وذلك في العشر درهمان، ليس لــه الفــسخ" (البزازية بهامش الهندية ١٠٢/٥).

مسائل متفرقة

٨٣٠- رجل استأجر دكاناً من رجل ثم اشتركا في عمل يعملان فيه، قال محمد رحمه الله: لا يجب الأجر.

٨٣١- وإذا آجر صبي نفسه لا يجوز؛ لأنه عقد مشوب بين النفع والضرر، فلا يجوز إلا بالإجازة، لكن إذا فرغ من العمل يجب أجر المثل؛ لأن بعد الفراغ منه نفع محض، وهذا استحسان، وكذا العبد المحجور إذا آجر نفسه لا يجوز، فإذا عمل يستحق الأجرة، لأنه لا ضرر في حق المولى انتهاء، بخلاف الأم إذا آجرت ولدها الصغير حيث يجوز؛ لأنها تملك إتلاف منافع ولدها الصغير، بخلاف العم.

٨٣٢- رجل استأجر أباه ليخدمه فخدمه، فله الأجرة؛ لأن خدمته للإبن غير مستحقة شرعاً، بخلاف مالو استأجر هو إبنه ليخدمه، فخدمه لا تجب الأجرة، سواء كان في عياله أو لم يكن؛ لأن خدمة الإبن لأبيه مستحقة شرعاً.

٨٣٣- الهدية للمباسطة من غير شرط يجوز، فإن وقت لها وقتاً معلوماً يحل أيضا للعرف.

٨٣٤- ومن استأجر أرضاً للزراعة على أن يثنيها[١] أو يسرقنها أو

---

[١] - إن كان المراد بالتثنية أن يردها مكروبة إلى المؤجر، تفسد الإجارة، وإن كان المراد كرب الأرض مرتين وكانت الأرض تخرج الزرع بكربها مرة، ومدة الإجارة سنة واحدة، تفسد أيضا، لبقاء أثر التثنية بعد انقضاء المدة، وهذا شرط لا يقتضيه العقد، نعم: إن كانت تخرج الزرع بكربها مرتين لا تفسد

يكري الأنهار العظام فهو فاسد؛ لأنه شرط ليس من مقتضيات العقد، وفيه منفعة لأحد المتعاقدين، وهو أن يبقى أثره بعد مدة الإجارة.

٨٣٥- ومن استأجر أرضاً ولم يبين ما يزرعها فهي فاسدة، فإن زرعها ينقلب جائزاً عندنا[١]، خلافاً لزفر رحمه الله.

٨٣٦- رجل استأجر عبداً بدرهم شهراً، فقبضه ثم اختلفا بعد شهر، فقال المستأجر: مرض عندي أو أبق مني حين استأجرته، وقال المؤجر: لم يكن ذلك، ينظر إن كان مريضاً أو آبقاً وقت الخصومة، فالقول قول المستأجر، وإن كان صحيحا أو حاضراً فالقول قول المؤجر، كاختلاف جريان ماء[٢] الطاحون وانقطاعه.

٨٣٧- رجل استأجر بيتاً خراباً على أن يعمره المستأجر من الأجرة، فسدت الإجارة؛ لأن هذا الشرط لا يقتضيه العقد.

٨٣٨- رجل استأجر داراً سنة، فوهب الآجر أجرة رمضان، يجوز بعد مضي رمضان عند أبي يوسف رحمه الله، ولم يجز قبله بالاتفاق[٣]،

لعدم بقاء نفع الكرب (ر:الهداية وشرحها العيني ٢٢٧/٣، مجمع الأنهر ٣٨٩/٢).

[١] – هذا استحسان، وللموجر المسمى، والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر (ر: التبيين ١١٤/٥، ١٣٣).

[٢] – في (ن،ع): "ماء" ساقط.

[٣] – بل جاز عند محمد، نقل ابن البزار الكردري واضحا:" استأجر دارا سنة فوهب له المؤاجر أجر شهر رمضان، أو أجر كل السنة، جاز عند محمد لوجود السبب، خلافا للثاني، وإن استأجرها كل شهر، فوهبه له، لا يصح إلا

وكذا إذا كانت الإجارة مشاهرة لا يجوز بالاتفاق، ولو أبرأه عن الأجرة يجوز عند محمد رحمه الله، خلافاً لأبي يوسف رحمه الله.

٨٣٩- قصار سلم الثياب[١] إلى أجيره ليشمسها، فنام الأجير فضاع منها ثوب، إن علم أنه ضاع في حال نومه، يضمن الأجير، وإن لم يعلم يضمن القصار، وهذا عند أبي يوسف رحمه الله[٢].

٨٤٠- خان[٣] أو حانوت معروف يسكن الناس فيها بأجرة، فنزل فيه رجل وسكن، يجب أجر المثل كالحمام.

٨٤١- رجل استأجر حماراً بسرج، فنزع عنه وأسرجه بسرج آخر يسرج بمثله الحمر، فعطب، لا ضمان عليه لعدم التفاوت، وإذا أسرجه بسرج لا يسرج بمثله[٤] الحمر يضمن بقدر ما زاد،[٥] وإن أوكفه

إذا دخل رمضان" (البزازية بهامش الهندية ٥٧/٥) ولم أجد ترجيح قول منهما، ينبغي أن يعول على قول الإمام أبي يوسف ويعمل به؛ لأن العقد يبنى على المنافع، وهي توجد شيئا فشيئا، والهبة لا تصح إلا بما يملك، والآجر يملك الأجرة بعد مضي رمضان أو كل السنة، والله أعلم بالصواب.

[١] - "الثياب" ساقط في (م).

[٢] - اختاره الفقيه أبو الليث، قال الفقيه أبو جعفر في الصورة الأولى: كان لصاحب الثوب الخيار، إن شاء ضمن الأجير، وإن شاء ضمن القصار (البزازية بهامش الهندية ٨٩/٥).

[٣] - في (م): "حان".

[٤] - في (م): "لا يسرج بمثل الحمر".

[٥] - أي باتفاق الروايات كما في الهندية (٤٩١/٤) لكن في البزازية: يضمن كل قيمته عند الإمام (بهامش الهندية ٧٦/٥).

بإيكاف يوكف بمثله أو لا يوكف يضمن[1]، لأن الإيكاف يستعمل بما لا يستعمل له السرج، وعندهما يضمن بقدر ما زاد.

٨٤٢- ولو استأجر عرياناً فأسرجه قيل: يضمن، وقيل: لا يضمن للعرف، وإن استأجر حماراً عرياناً فأوكفه أو أسرجه، فإن كان[2] للسفر لا يضمن؛ لأن الثابت عرفاً كالثابت شرطاً، وكذا في المصر وهو يركب من محلة إلى محلة[3]، أو كان من الأشراف لا يركب مثله عرياناً لا يضمن، وإلا فيضمن، والأصح أنه إذا ضمن يضمن جميع القيمة[4].

---

[1] - قول الإمام أبي حنيفة أن يضمن جميع القيمة، قال شيخ الإسلام: وهو الأصح (التبيين ١١٩/٥) وخالفه صاحباه فيما يوكف بمثله أي يضمن حينئذ بقدر ما زاد، وهو رواية عن الإمام أيضا، وهو الأصح، كما في الهندية، وفيها أيضا: "أما إذا كانت دابة لا توكف أصلا، أو لاتوكف بمثل هذا الإيكاف، يضمن جميع القيمة في قولهم جميعا، كذا في المحيط" (٤٩٣/٤).

[2] - "كان" ساقط في (م).

[3] - إن كان المستأجر ممن يركب في المصر عريانا، فعليه الضمان (الهندية ٤٩٣/٤).

[4] - وهو الصحيح، هكذا في المحيط (نفس المصدر) كذا قال فخر الدين قاضيخان في شرح الجامع الصغير، وقال الأترازي: ينبغي أن يكون الأصح ضمان قدر الزيادة (العيني ٦٤٥/٣) كذا قال الشلبي (حاشية الشلبي على التبيين ١١٩/٥) وبه نأخذ لما فيه رعاية للجانبين، وفي الكافي : الضمان مطلقا من غير تفصيل المشايخ، وكان هو المذهب؛ لأنه ظاهر الرواية كما لا يخفى، كذا في مجمع الأنهر (٣٨٠/٢) فتأمل.

٨٤٣- استأجر حماراً بثوبه، فسرق الثوب ومات الحمار من البرد، ينظر إن سرقت من موضع حصين، لا يضمن قيمة البرذعة[١]، بل يضمن قيمة الحمار[٢]، ولو وقع الحمار في النهر من[٣] يد المستأجر فهلك، إن كان النهر بحال لا يساق فيه مثل ذلك الحمار يضمن، وكذا إذا عنفه فيه، وكذا إذا دخل في مكان ضيق يضمن، ولو ساق الدواب على ماء فازدحموا على القنطرة، فوقع بعضهم بعضاً في الماء، فعطسوا ضمن قيمته؛ لأنه جناية يده.

٨٤٤- رجل استأجر دابة للحمل[٤] في طريق كذا، فأخذ صاحب الدابة في طريق آخر، إن كان يسلكه الناس فيه، فهلك المتاع فيه لم يضمن، وإن لم يسلكه الناس يضمن[٥]، وإن بلغه إلى المقصد يجب أجر المثل.

٨٤٥- رجل استأجر رجلاً ليحمل عليه شيئاً إلى موضع كذا، فلما سار بعض الطريق بدا له أن يترك هذا الطريق ويأخذ طريقاً آخر،

---

[١] - معناه: الحلس الذي يلقى تحت الرحل (الصحاح ١١٨٤/٣).

[٢] - وإن لم يكن حصيناً ويضره مع البرذعة ضمن قيمتها، وإن كان بحال لا يضر مع البرذعة ضمن قيمة البرذعة لا الحمار (البزازية بهامش الهندية ٨٣/٥).

[٣] - وفي النسخ الثلاث: "في" والصواب ما كتبناه.

[٤] - في (م): "في الحمل" بدل" للحمل".

[٥] - إن كانا سواء لا يضمن، وإن كان أحدهما أبعد في الطول والعرض، والسهولة والصعوبة ضمن (البزازية بهامش الهندية ٧٨/٥).

ينظر إن كان الثاني مثله[1] له ذلك، وإلا فلا، وإن بلغ المقصد فله الأجر لحصول المقصود.

٨٤٦- رجل استأجر رجلاً لحمل الطعام إلى موضع معلوم، فحمله ثم رده إليه فلا أجر له، لأنه نقض ما عمل.

٨٤٧- رجل آجر دابته غداً بدرهم، ثم آجر اليوم إلى ثلاثة أيام يجوز، ويكون فسخاً للأول.

٨٤٨- مقارضة[2] الثيران على الحرث والكرس[3] لا خير فيه، كاستئجارها للركوب بالركوب، ولو أعطى البقرة ويأخذ الحمار يجوز.

٨٤٩- مكاري استقبله اللصوص، فطرح الأحمال وأخذ الحمار وهرب، إن كان بحال لو حمله يأخذونه لا يضمن.

٨٥٠- رجل استأجر حماراً لينقل عليه التراب من خربة[4]،

---

[1] - قريب منه مسألة في البزازية أسوقها لتوضيح مسألة ما في الكتاب:" استأجرها إلى بغداد، ثم بدا له أن لا يخرج، أو بدا له في نصف الطريق، فهو عذر تفسخ به الإجارة، فإن أراد المكاري نصف الأجرة، فله ذلك إن كان الباقي مثل الأولى صعوبة وسهولة، وإلا فبقدره" (البزازية بهامش الهندية ٥/١٠٠).

[2] - في (م): "معاوضة" بدل "مقارضة".

[3] - الكرس، بالكسر: البعر، والبول المتلبد بعضه على بعض (ر: القاموس المحيط ص: ٧٣٥).

[4] - الخربة، كفرحة: موضع الخراب، ج : خربات وخرب وخرائب (القاموس المحيط ص: ١٠٠).

فانهدمت الخربة، وهلك الحمار، فإن هدمت بصنعه يضمن، وإلا فلا.

٨٥١- رجل استأجر حماراً، فأوقفه وصلى، وذهب الحمار وهو يراه، ولم يقطع الصلاة يضمن؛ لأن قطع الصلاة يجوز عند خوف ذهاب المال وإن كان درهماً، أما إذا ضل من الطريق، إن كان له حافظه[1] لا يضمن إذا طلب بقرب ذلك الموضع الذي ضل فيه.

٨٥٢- والأجير الواحد[2] لو أراد أن يصلي فرض الوقت يؤدي الفرض والسنة، ولا يؤدي النفل إذا تمكن في عمل الإجارة نقص[3]، وليس للمستأجر أن يبعث الدابة إلى السرح[4].

٨٥٣- الراعي إذا قال لصاحب الغنم: لا أرعى غنمك حتى تعطيني كل شهر بدرهم، فترك صاحبه عنده، يجب كل شهر بدرهم.

٨٥٤- أجير الواحد لا يعمل في مدة الإجارة لغيره عملاً، لأن المدة خصت[5] للمستأجر، ولو عمل لآخر عملاً ينقص من أجرته بقدرما

---

[1] - في (ن،ع): "إن كان له حائط".

[2] - هو الأجير الخاص، وقد مر تعريفه وتعريف الأجير المشترك، وفيه أصل ذكره الشلبي: والأصل فيه أن كل من ينتهي عمله بانتهاء مدة معلومة فهو أجير واحد، وكل من لا ينتهي عمله بانتهاء مدة مقدورة، فهو أجير مشترك (حاشية الشلبي على التبيين ٥/١٣٣).

[3] - وعليه الفتوى (رد المحتار، مطلب الأجير الخاص أن يصلي النافلة ٩/٩٦).

[4] - في (ن،ع): "السرج"، وفي (م): "المسرج" بالجيم، والصحيح ما كتبناه بالحاء المهملة، معناه: المال السائم، وشجر عظام، أو كل شجر لا شوك فيه (القاموس المحيط ص: ٢٨٦).

[5] - وفي النسخ الثلاث: "خص" والصواب ما كتبناه.

عمل، ولو عين له العمل في هذه المدة تفسد الإجارة عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه جمع بين أجير واحد وبين أجير مشترك، والأحكام مختلفة بين هذين الإجارتين[1].

٨٥٥- الخياط والإسكاف يعتبر في معاملات الناس في ذلك البلد.

٨٥٦- أما الحبل الذي يشد به المكاري المستأجر يؤاجر إذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل.

٨٥٧- وذمي استأجر مسلماً ليحمل الخمر يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله، كما لو استأجر ليبني البيعة[2] أو الكنيسة[3] لا بأس به[4]؛ لأنه أخذ الأجرة على عمله، وهو غير معصية.

٨٥٨- رجل استأجر رجلاً ليبيع ويشتري له، ولم يعين له المدة لا يجوز عندنا.

٨٥٩- رجل دفع ثوباً إلى آخر، إن بعت هذا بعشرة فلا شيء لك، وإن بعت بأكثر من هذا فهو بيني وبينك نصفان، ثم باعه بأكثر من ذلك،

---

[1] - وعند الصاحبين يجوز استحسانا، ويكون العقد على العمل (الهندية ٤/٤٢٣) ومن المعلوم أن الاستحسان يرجح على القياس.

[2] - البيعة، بكسر الباء: بيت عبادة اليهود والنصارى، ج: بيع بكسر الباء وفتح الياء (مجعم لغة الفقهاء ص: ١١٥).

[3] - الكنيسة، بفتح فكسر: بيت عبادة اليهود أو النصارى أو الكفارعامة (نفس المصدر ص: ٣٨٥).

[4] - أخذ الكاساني قول الإمام أنه قال: والحديث محمول على الحمل بنية الشرب، وبه نقول أن ذلك معصية، ويكره أكل أجرته (بدائع الصنائع ٤/١٩٠).

فله أجر المثل، لا يجاوز به عن نصف درهم[1]، وإن قال: في الزيادة على العشرة لك، ينبغي أن لا يصح؛ لأنه تمليك المعدوم على خطر الوجود، والله أعلم بالصواب.

[1] - "درهم" ساقط في (م)، وهو قول أبي يوسف، قال محمد: له أجر مثل عمله بالغا ما بلغ، باع أو لم يبع إذا تعب في ذلك؛ لأنه عمل بحكم عقد فاسد، فيستحق أجر المثل والفتوى على قول أبي يوسف (ر: الخانية بهامش الهندية ٣٢٦/٢، والغياثية ص: ١٥٩).

الفهارس

- فهرس الكتاب
- فهرس الأحاديث والآثار
- فهرس الأعلام
- فهرس الكتب
- فهرس المسائل الواردة في متن الكتاب

فهرس الكتاب

فهرس الأحاديث والآثار المخرجة

فهرس الأعلام الذين ذكرت تراجمهم

فهرس الكتب التي ذكر تعريفها

فهرس المسائل الواردة في متن الكتاب

* * *